

Assembléia Constituinte ou reforma?

CÉLIO BORJA

Comentando e interpretando o trecho transcrito, Carl J. Friedrich (*La Démocratie Constitutionnelle*, P.U.F., 1958, pág. 75) nele encontra o "germe" de duas importantes generalizações científicas:

a) Existe na comunidade uma tendência a criar um poder de resistência residual e não organizado que procura frear o Governo; e

b) este poder constituinte não pode entrar em jogo senão quando o Governo não funciona mais.

"Esta segunda proposição" — prossegue Friedrich — "é importante porque ela diferencia o poder constituinte do poder constitucional de revisão que é previsto nas mais modernas Constituições. Certamente, o poder de revisão é estabelecido na esperança de prevenir uma mudança fundada no direito de revolução e, em consequência, serve de freio suplementar do Governo existente. Mas se o poder de revisão não cumpre sua função no momento crítico, o poder constituinte pode surgir. O postulado, segundo o qual o grupo revolucionário emprega sempre e necessariamente seu poder para estabelecer uma Constituição, fazia parte do otimismo dos autores racionalistas. Não é o caso. Nossa própria época, tanto como as de Cromwell e Napoleão, mostra-nos que os grupos revolucionários podem instaurar um sistema de governo autocrático. Esses grupos, por isso, não formam um poder constituinte."

A questão do poder constituinte pode, pois, ser enunciada e desdobrada da maneira seguinte: havendo poder legislativo legitimamente constituído pelo povo para fazer normas jurídicas ordinárias e constitucionais — essas últimas com a única limitação atinente à intangibilidade da federação e da república de cuja abolição, aliás, não se cogita —, será de rigor obter do povo autorização expressa para produzir nova ordem constitucional republicana e federativa? E, mais, pode a Assembléia Constituinte conviver com a legislatura ordinária, enquanto corpos legislativos distintos, ou pode o mesmo corpo representativo exercer, simultaneamente, o poder constituinte delegado pelo povo e a função legislativa? Poderiam, nesse caso, os senadores eleitos em 1982 participar da elaboração da nova Constituição?

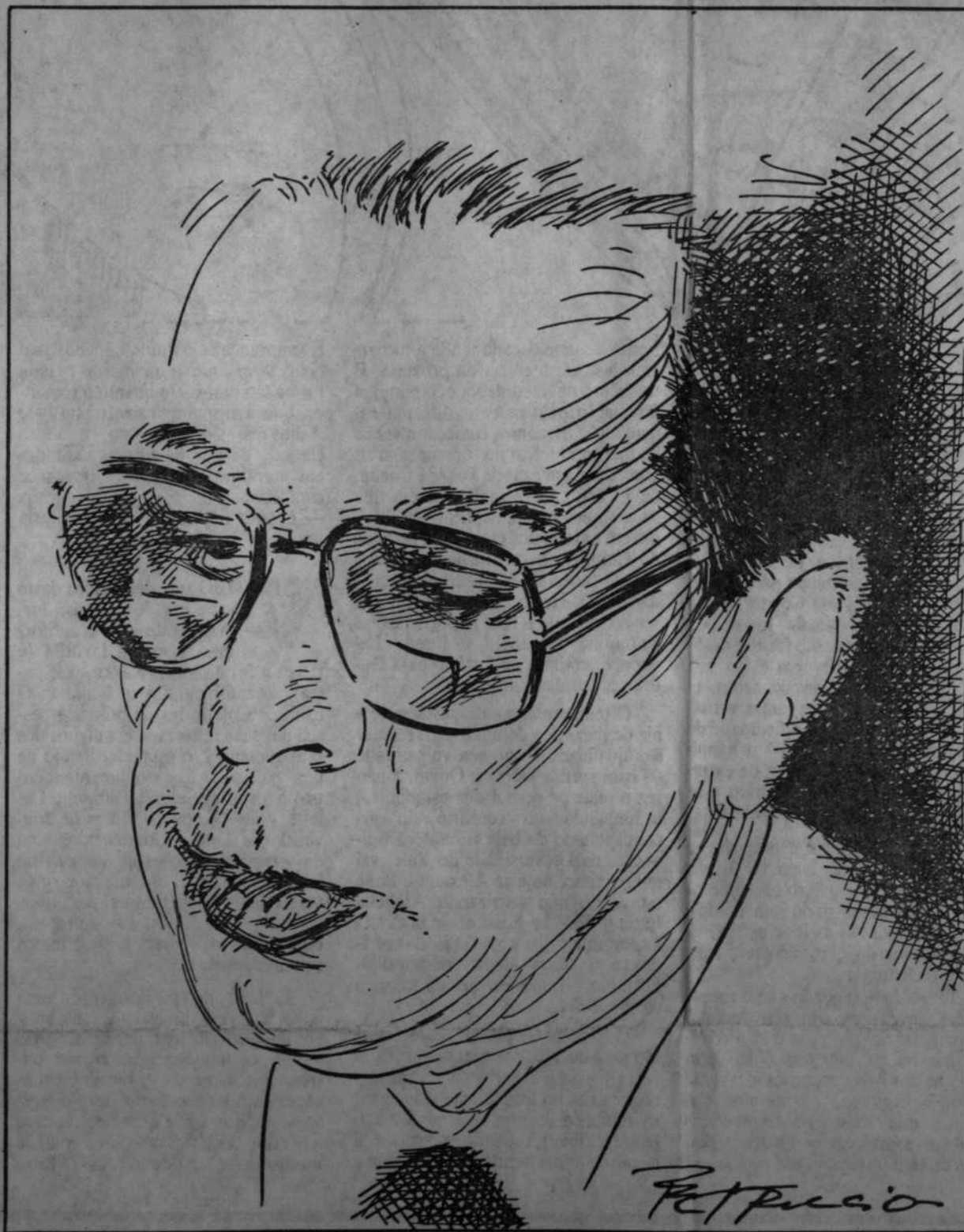
Para responder a essas indagações tomemos como axiomática a asserção de Locke:

"...esse poder do povo não se pode exercer enquanto não se dissolver o Governo".

Com propriedade, a opinião pública vem denominando de transição o período que medeia entre a assunção do Governo que assumiu o Poder Executivo em 15 de

■ "Porque, não tendo qualquer homem ou sociedade de homens o poder de renunciar à própria preservação, ou, conseqüentemente, os meios de fazê-lo, a favor da vontade absoluta e domínio arbitrário de outrem, sempre que alguém experimente trazê-los a semelhante situação de escravidão, terão sempre o direito de preservar o que não tinham o poder de alienar, e de livrar-se dos que violam esta lei funda-

mental, sagrada e inalterável da própria preservação em virtude da qual entraram em sociedade. E, assim, pode-se dizer neste particular que a comunidade é sempre o poder supremo, mas não considerada sob qualquer forma de governo, porque esse poder do povo não se pode exercer enquanto não se dissolver o governo." (John Locke, Segundo Tratado do Governo Civil, cap. XIII, 149)



Célio Borja

março de 1985, sob a égide da Constituição vigente, com o compromisso, público, de convocar o povo para que faça instaurar uma nova ordem constitucional mais afinada com o regime democrático, a forma republicana do Governo e a federativa do Estado. Isto quer dizer que, enquanto não instaurada, vigerá plenamente a Carta atual com a autoridade e a força de suprema lei territorial do país.

Promulgada, porém, a nova Constituição, todos os poderes públicos e sujeitos de direito estarão obrigados ao seu cumprimento, cessando a invocação do direito adquirido, ainda que por atos jurídicos perfeitos e por coisa julgada, válidos enquanto vigia a velha ordem constitucional. Da mesma forma, a existência, a competência, os deveres, as prerrogativas e as atribuições dos entes públicos, cujos órgãos não são titulares de direitos subjetivos, serão os definidos pelas novas normas supremas e fundamentais, não pelas antigas. Portanto, as instituições do Governo nacional e local organizar-se-ão e operarão sob o novo regime jurídico, nada podendo invocar do transato para justificar atos com este incompatíveis.

Segundo a moderna teoria constitucional da democracia, o titular do poder de realizar tamanha transformação é o povo — elemento constitutivo do Estado. Não exercendo formal e diretamente tal poder, senão através do eleitorado e da representação nacional, é o povo, também, na verdade, o titular do direito de revolução que é da essência do poder constituinte. Esse poder preexiste ao Governo e cessa com a existência deste.

Revolução e Governo são termos antitéticos. Um exclui o outro. Daí porque, na vigência do Governo, a insurgência confere a quem detém o poder o dever de combatê-la. A luta termina pelo alçamento dos insurretos à condição de governantes ou pela manutenção do status quo ante.

Havendo Governo, reforma-se a ordem normativa existente. Mas, como a reforma constitucional tem o mesmo efeito jurídico do ato constituinte — uma vez que repele a invocação do direito adquirido sob a lei velha — é, muitas vezes, tida, pelo Direito e seus cultores, como da mesma natureza do poder de constituir os fundamentos da lei e do Governo.

Destarte, havendo Governo, a reforma por ele se dá, isto é, pelas suas instituições, entre as quais a representação nacional reunida no Parlamento. Este exerce, geralmente, nas democracias modernas, o poder constituinte derivado, em virtude de delegação contida na própria Constituição, circunscrito, porém, aos limites nela porventura estabelecidos.

Daí resulta que, enquanto não dissolvido o Governo, isto é, as instituições governativas, não cabe criar outro órgão

que possa ostentar o atributo de depositário do poder constituinte originário, pois ter-se-ia por dissolvido ou inexistente o Governo emanado da ordem constitucional preexistente; ou, em defesa desta, estariam os governantes autorizados a resistir a essa verdadeira revolução.

Ora, no caso em exame, o Congresso Nacional, juntamente com o poder legislativo ordinário, tem o de fazer normas constitucionais, resguardadas a federação e a república, e observados os trâmites conhecidos, entre os quais o quorum de aprovação, de 2/3 dos seus membros e a prerrogativa do veto de uma Casa sobre a deliberação da outra.

Para livrar a representação nacional de tais limites, procedimentos e ritos, pode-se consultar o povo acerca de conveniência de dar ao órgão do poder legislativo já existente o pleno exercício do poder constituinte. E isto pode, conseqüentemente, coincidir com as eleições parlamentares destinadas a renovar o Congresso Nacional.

PARA que a consulta plebiscitária guarde coerência com os princípios que vimos enunciando, seria de rigor fosse ela determinada em ato de natureza constituinte do mesmo Congresso. E se afirmativa a resposta do eleitorado, a função constituinte plena estaria investida no órgão do poder legislativo — o Congresso Nacional — com a composição que resulta da norma constitucional positiva vigente, sem se indagar se os que atualmente nele têm assento foram, ou não, adrede designados, expressa e pessoalmente, para exercer poder constituinte. Até mesmo porque o órgão primário da representação nacional não são os deputados e senadores, mas as suas respectivas corporações, enquanto órgãos colegiados de deliberação coletiva.

Autorizada a legislatura a exercer o poder constituinte pleno e originário, não valeriam contra ela as ressalvas que hoje asseguram a perenidade de federação e da república. Seguramente, o ato de poder constituinte não seria praticado bicameralmente, mas por um único corpo no qual se integrariam, em pé de igualdade (um representante um voto) deputados e senadores. E à assembléia constituinte caberia estabelecer, no seu regimento, o quorum de suas deliberações.

Este texto é uma palestra feita por Célio Borja no dia 23 de abril na Casa de Rui Barbosa. Esta semana, Célio Borja assumiu o cargo de assessor especial do Presidente da República.