



ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

**J. BERNARDO CABRAL**  
Deputado Constituinte

**O PODER  
CONSTITUINTE**

*Fonte Legítima  
Soberania  
Liberdade*

BRASÍLIA — 1988

ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE

*No estuado Puro Mau  
Y puaiza, este homenagem a  
sua cultura. Bernardo*

*BSB, 04. 88*

## O PODER CONSTITUINTE

Fonte Legítima — Soberania — Liberdade

Deputado Constituinte J. Bernardo  
Cabral



CÂMARA DOS DEPUTADOS  
Centro de Documentação e Informação  
Coordenação de Publicações  
BRASÍLIA — 1988

*Registrado protocolo 3468 (Folhas 66 verso) 5º caderno (1108)*

*AmM  
0959*

CÂMARA DOS DEPUTADOS

DIRETORIA LEGISLATIVA

Diretor: *Hélio Dutra*

CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO

Diretor: *Aristeu Gonçalves de Melo*

COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÕES

Diretora: *Maria Liz da Silva Braga*

CÂMARA DOS DEPUTADOS

48.<sup>a</sup> Legislatura — 1.<sup>a</sup> Sessão Legislativa

Cabral, José Bernardo.

O poder constituinte : fonte legítima, soberania, liberdade / José Bernardo Cabral. — Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1988.

40 p.

1. Assembléia Nacional Constituinte — Brasil. 2. Poder constituinte — Brasil. I. Título.

CDU 342.4 (81)



*“Se sofreres uma injustiça, con-  
sola-te. A verdadeira desgraça é  
cometê-la.”*

*(Pitágoras)*



## SUMÁRIO

	<i>Pág.</i>
APRESENTAÇÃO .....	7
I. INTRODUÇÃO .....	9
II. Fonte de pressão e a ordem .....	9
III. A Constituinte de 1987 .....	11
IV. Constituinte derivada .....	22
V. Limites dos poderes de Constituinte derivada .....	25
VI. Congresso Constituinte .....	29
VII. Limites do Congresso Constituinte .....	32
VIII. Poderes constituintes secundários .....	34
IX. Revolução e ruptura da ordem jurídica .....	34
X. Conclusão .....	39

*Este trabalho é menos uma resposta do que um alerta à Nação. Encerra ele o objetivo maior de chamar a atenção de uns, despertar o imobilismo de outros e sacudir a indiferença de tantos.*

*O País está à deriva. No entanto — quando todos deveriam unir-se — surgem, aqui e acolá, críticas dirigidas à Assembléia Nacional Constituinte, cuja única fonte legítima de poder é o povo.*

*Por que isso? É inteligível, oportuno, satisfatório? A quem aproveita?*

*Uma dessas críticas — porque partidas em livro do titular de um dos mais importantes cargos em comissão do Poder Executivo: o Senhor Consultor-Geral da República — impõe uma resposta. Serena, sincera, construtiva, ativa — e não há como confundir altivez com arrogância, porque se esta é um defeito, aquela é uma qualidade — própria de quem a formula senão por um imperativo de consciência.*

*É que no exercício, primeiro de relator da Comissão de Sistematização e agora — portanto com muito mais razão — no de relator do Projeto de Constituição, tal contestação é uma decorrência natural de quem — e talvez o único — não se pode quedar equidistante a ataques tão soezes quão imprevistos.*

*Devo colocar em relevo — até por uma questão de justiça — que este trabalho muito ficou a dever ao esforço e incentivo dos meus Relatores Adjuntos, Senador José Fogaça, Deputados Adolfo Oliveira e Antônio Carlos Konder Reis, sobretudo a este último, sem cuja orientação e dedicação — ele que foi Relator-Geral da Constituição de 1967 — seria impossível a sua existência.*

*E, por fim, um agradecimento ao Presidente Ulysses Guimarães, que sentiu, na qualidade de titular da Assembléia Nacional Constituinte, a necessidade de trazer ao conhecimento do povo brasileiro o conteúdo deste texto.*

*E o fez para repor a verdade histórica. Ainda bem: fica o País a dever-lhe mais este serviço.*

*Brasília, fevereiro/1988.*

*J. BERNARDO CABRAL*

Com o objetivo de sustentar a tese de que a Assembléia Nacional Constituinte, cujos trabalhos se inauguraram a 1.º de fevereiro de 1987, tem, formal e juridicamente, o caráter de poder constituinte derivado ou de segundo grau (poder secundário, relativo ou limitado), o Senhor Consultor-Geral da República deu a lume longo e ambicioso escrito — recentemente transformado em livro.

O exercício intelectual a que se deu o Senhor Consultor-Geral, passados mais de sete meses de funcionamento da Assembléia, arrima-se em trabalhos da maior valia, produzidos por 40 juspublicistas. Um deles, o saudoso parlamentar Paulo Sarasate, cujo nome é mencionado na bibliografia, não tem sua obra identificada nem suas lições transcritas no texto, preñhe de citações, o que revela ser o exercício intelectual ora comentado, já em sua parte não discursiva, falho.

Por entre as numerosas citações, o autor desenvolve veemente argumentação. Deixadas de lado, por inconseqüentes, algumas colocações grosseiras como aquela que, sem propósito, afirma, ao término de uma lição sobre o conceito de reforma política, que “não se espera que disto saiba o constituinte que se elegeu debatendo congelamento de preços e ágios nos preços da carne e ovos”, o documento merece atenta análise. É o que se nos cumpre fazer na qualidade de relator do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização e no plenário. A melhor forma de fazê-lo é seguir o seu roteiro.

## II

O trabalho começa por uma introdução que contempla duas epígrafes. A primeira diz: “Pode-se reformar, porém não substituir as instituições”. Segundo o Consultor-Geral, a sentença figura na página 311, volume III, dos “Comentários à Constituição de 1946”, de Carlos Maximiliano. Todavia, na quinta edição (atualizada) dessa obra, datada de 1954, ela não existe na página 311 nem em todas as outras (303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 313, 314, 315, 316), que contêm os comentários sobre os artigos 217 e 218 da Carta de 1946, relativos ao poder de emenda à Constituição.

A segunda epígrafe reproduz Carl Schmidt, em sua obra “Teoria de la Constitución”, página 121 (tradução mexicana, de 1966), que pontifica: “Isto não é reforma da Constituição, mas sua destruição”. (§ 11, I, 2, *a*, que disserta sobre “Limites da Faculdade de Reforma à Constituição”).

A epígrafe é deploravelmente desidiosa, pois que isolada não expressa com fidelidade o pensamento integral do autor. Basta atentar para a observação constante da página 24 (§ 11, I, *b*), que adverte:

“Hasta ahora non se hay tratado em la teoria constitucional de la question de los limites de la facultad de reformar ou revisar la Constitución.”

Sob a égide de tais epígrafes, sem dúvida equivocadas, o autor comete outros enganos. Assim, na segunda linha da síntese do trabalho que se segue às epígrafes, lê-se:

*“Submissão jurídica e política à ordem constitucional vigente, reconhecida no próprio Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte.”* (Grifo nosso.)

Logo no segundo parágrafo, à síntese vem a afirmação “da prevalência de uma ou outra fonte de pressão dependerá a qualidade da Constituição e, em consequência direta, a duração dela e da *ordem que instituiu*”. (Grifo nosso.)

Ato falho? Seja ou não, cabe a pergunta: Que ordem, se na síntese se afirma solenemente e no curso do trabalho se repete constantemente que a Constituinte será submissa à ordem constitucional vigente?

Soa estranho a citação da página 2, colhida em Georges Burdeau, pois ela não diz respeito às limitações de poderes e da competência do Congresso Nacional nas funções constituintes. Refere-se à noção de Constituição na resposta à pergunta “O que é uma Constituição?”. Vale aqui transcrever todo o parágrafo da obra citada, para se constatar a dificuldade de entendimento:

“Elle n’exclurait cependant pas le rôle du théoricien, car il faudrait bien convenir, tôt ou tard, que l’image que le public se fait de la constitution n’a pas la puissance d’en modifier la nature ni d’en accroître la vertu. Les Polonais ont pu faire une révolution au nom de la constitution qu’ils prenaient pour une femme, ils n’ont pu faire qu’elle soit une femme. La définition joue donc ce rôle préventif d’écarter, non tant l’erreur elle-même, que la désillusion qu’elle ne manque pas de provoquer. Définir la constitution ce n’est pas, selon moi, agencer, dans le silence du cabinet, un mécanisme harmonieux susceptible de satisfaire l’intelligence spéculative; c’est admettre d’abord que la constitution n’a cessé d’être, au cours des siècles, le point de convergence

d'aspirations humaines; c'est chercher ensuite celles de ces aspirations que la constitution peut satisfaire, pour proposer em définitive une image de celle-ci dont les peuples puissent utilement tirer profit sans s'exposer aux déceptions que leur attirerait la croyance en une panacée(1)." (Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, tome IV, pages 7 et 8, 1969).

### III

No título "Constituinte Brasileira de 1987 — Como se Classifica", o autor, mais de meio ano após a instalação da Assembléia Nacional Constituinte (o trabalho é datado de 10 de setembro e a Constituinte foi instalada a 1.º de fevereiro), com a preocupação tardia, sem dúvida, de "prevenir um desastre social, que pode advir do processo constituinte conduzido com desvio e abuso de poder, com excesso de representação ou por infidelidade a ela", arroga-se o direito de definir "o limite dos poderes da Constituinte (originais ou secundários)". Mas, antes de qualquer esforço de busca de classificação, afirma categoricamente: "Não há dúvida de que a Assembléia Nacional Constituinte instalada no Brasil, em 1987, é derivada e que seus poderes são secundários, o que vale dizer que ela tem *poderes de reforma*, e que, por mais gerais que tais poderes sejam, não se revestem de força e autoridade suficientes para permitir deliberações sobre o que não poderia o Congresso decidir por simples emenda".

É a sentença de caráter irrecorrível proferida antes da argumentação e da comprovação — método singular, sem dúvida.

À margem, cabe uma singela indagação, ditada pela lógica: Se é assim, por que o Presidente da República não encaminhou ao Congresso Nacional uma ou mais emendas à Constituição em vigor, ao invés de submeter-lhe mensagem propondo a convocação da Assembléia Nacional Constituinte?

Depois da conclusão, o autor retroage à argumentação, detendo-se na análise e na interpretação de dispositivos do Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte (Resolução n.º 2, de 24 de março de 1987).

Retroage pouco e mal.

A classificação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 há de ser estabelecida se suficientemente conhecidos e corretamente interpretados fatos e atos bastante anteriores ao seu Regimento Interno.

No primeiro semestre de 1964, sob os impulsos de um movimento popular, fruto ou não de equívoco, as Forças Armadas, com o apoio, manipulado ou não, de significativa parcela da classe política (parlamentares, governadores e prefeitos), destituíram o Presidente da República e operaram lesões na ordem político-institucional vigente, através dos chamados atos institucionais.

Após um período de convivência da Constituição de 1946 com os atos institucionais, o Congresso Nacional foi chamado a institucionalizar o quadro jurídico resultante, através da elaboração de nova Constituição, que foi promulgada a 24 de janeiro de 1967 e entrou em vigor a 15 de março do mesmo ano.

Durou pouco e, no curto espaço de tempo de sua vigência, ouviram-se as primeiras vozes em favor da convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, idéia que, informalmente, foi defendida, desde abril de 1964, pelo saudoso Senador pela Bahia, Aluísio de Carvalho Filho. A idéia não prosperou, uma vez que a 13 de dezembro de 1968 o estamento militar impôs ao Presidente da República a edição de ato institucional que promoveu a completa ruptura político-institucional.

Dez meses depois, os ministros militares, no exercício do poder supremo, completaram o Ato Institucional n.º 5 com a outorga, sob o título de Emenda Constitucional n.º 1, da Carta de 1969 (17 de outubro). A partir de então — e já se passaram dezoito anos — a idéia de convocação da Assembléia Nacional Constituinte foi o grande motivo de todas as ações políticas ocorridas neste País.

Com o crepúsculo da ordem estabelecida a partir do Ato Institucional n.º 5, a idéia cresceu. Ela foi a aspiração constante de todas as correntes políticas que lutaram pelo restabelecimento da plenitude democrática no País e o compromisso solene do líder do grande movimento surgido em 1984, o Sr. Tancredo Neves.

Esse compromisso foi assumido e reiterado durante e após a campanha pelas eleições diretas, no curso de todos os entendimentos para a formalização da candidatura Tancredo Neves e enfatizado depois de sua eleição pelo Colégio Eleitoral a 15 de janeiro de 1985; o mesmo compromisso assumiu o seu companheiro, o Sr. Presidente da República José Sarney. Nem direta, nem indiretamente, explícita ou implicitamente foi objeto de discussão o caráter dos poderes dessa Assembléia Nacional Constituinte, então reivindicada como aspiração maior do povo brasileiro, aspiração tão grande que levou o povo a aceitar o Colégio Eleitoral, apoiar a Aliança Democrática e acolher a denominação da nova etapa política como “Nova República”.

Foi a idéia da Assembléia Nacional Constituinte que sufragou a bandeira das mudanças. Se foi assim, e a memória da História presente não permite a quem quer que seja — nem ao mais competente, nem ao mais arguto — agredir a verdade, como amesquinhar a busca da classificação da Assembléia Nacional Constituinte nos limites de disposições esparsas do seu Regimento Interno?

Há que se olhar mais longe para se ver mais de perto a verdade.

A síntese desses fatos está clara na frase de Tancredo Neves, constante no discurso que lançou a Nova República.

“Ela será iluminada pelo futuro poder constituinte que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil em seu tempo.”

A esses fatos, até aqui referidos ainda que palidamente, correspondem atos de caráter jurídico, cuja análise, para a classificação pretendida, é bem mais importante que aquela que o Sr. Consultor-Geral fez de alguns artigos do Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte.

O primeiro deles merece transcrição na íntegra.

É a Mensagem n.º 48, de 1985 — CN (n.º 330/85, na origem), encaminhada pelo Sr. Presidente da República, José Sarney, ao exame do Congresso Nacional, no dia 28 de junho de 1985.

Ei-la:

“É com a mais profunda confiança no discernimento e na vocação do povo brasileiro para organizar-se pacificamente em regime de liberdade e justiça que proponho a Vossas Excelências a convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

Compromisso histórico firmado no curso do movimento cívico que congregou brasileiros de todas as condições, com o propósito de democratizar a sociedade e o Estado, é a convocação da Assembléia Nacional Constituinte ato de coragem e de fé.

De coragem, porque pressupõe, por parte de cada indivíduo que constitui a comunhão nacional, a disposição de submeter ao escrutínio da Nação direitos e situações, quantas vezes duramente conquistados, para vê-los disciplinados por novas regras, de conteúdo e alcance não conhecidos, que se espera mais justas, equânimes e conformes ao ciclo histórico que reponha no presente e se projeta em um futuro de extensão desconhecida.

Ato de fé é a convocação da Constituinte, porque todos os anseios e temores do futuro repousam, afinal, na confiança que cada cidadão deposita nos sentimentos de seus irmãos, de procurarem, juntos, uma lei fundamental que a todos proporcione os bens necessários à vida digna, vivida em paz e liberdade.

O compromisso, antes aludido, de convocação da Assembléia Nacional Constituinte, de par com todos os traços de generosa confiança e incontida esperança que o exornam, singulariza-se pelo fato de estar em plena vigência uma ordem jurídica e suas instituições políticas e civis, cujo império se estenderá até o momento em que for promulgada a nova Constituição. Até lá, e sob pena de instalar-se o caos normativo, que a ninguém aproveitaria, é necessário respeitar a lei que temos e modificá-la segundo os processos por ela própria admitidos, para que a vontade de alguns não seja erigida em mandamento supremo de todos.

Da inelutável necessidade de manter e operar as instituições governativas vigentes, harmonizando-as à imperiosa aspiração de instaurar outras mais livres e justas, resulta o texto que ora submeto à deliberação dos senhores membros do Poder Legislativo da União.

Por isso, se prevê a investidura de poder constituinte pleno nos deputados federais e senadores escolhidos pelo sufrágio do povo brasileiro.

Evitando tutelar o órgão de tão alta atribuição, a proposta de emenda limita-se a prover quanto à direção das sessões de instalação e eleição do Presidente da Assembléia Nacional Constituinte e a indicar que ela funcione na sede do Congresso Nacional, como corpo único, sem a divisão própria do sistema bicameral. Este, contudo, subsistirá nos trabalhos da legislatura, enquanto poder constituído e segundo as normas constitucionais em vigor.

E, finalmente, fixa a duração da 1.<sup>a</sup> Sessão Legislativa da 48.<sup>a</sup> Legislatura para a promulgação da nova Constituição, e o *quorum* da maioria absoluta, que determinará a adoção do projeto e das emendas respectivas.

Cumpro o dever assumido com a Nação pela Aliança Democrática. A Assembléia Nacional Constituinte realizará, sem dúvida, o grande e novo pacto nacional, que fará o País reencontrar-se com a plenitude de suas instituições democráticas.

Espero que, de agora, a sociedade se mobilize para criar a mística da Constituição, que é o caminho do Estado de Direito.” (*Diário do Congresso Nacional*, 8-8-85, págs. 1282 e 1283.)

O documento, todo ele, se contrapõe à argumentação do Sr. Consultor-Geral. Vale, contudo, destacar dois trechos; o primeiro diz: “Por isso nele se prevê a investidura de *poder constituinte pleno* nos deputados federais e senadores escolhidos pelo sufrágio do povo brasileiro”. (Grifos nossos.) O segundo diz: “A Assembléia Nacional Constituinte *realizará, sem dúvida, o grande pacto nacional*, que fará o País reencontrar-se com a plenitude de suas instituições democráticas”. (Grifos nossos.)

O cotejo das palavras do Presidente da República com aquelas do Sr. Consultor-Geral conduz a uma inelutável indagação: Em qual delas está a verdade?

Na sessão em que foi lida a mensagem presidencial, o Sr. Deputado Gastone Righi levantou a seguinte questão de ordem:

“O SR. GASTONE RIGHI (PTB — SP. Sem revisão do orador.) — Sr. Presidente, a Constituição Federal, no seu art. 47,

§ 1.º, estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

O Poder Executivo enviou, nesta noite, uma mensagem, encaminhando uma proposta de emenda à Constituição, na qual declara que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão em Assembléia Nacional Constituinte livre e soberana. Depois, declara que esta Assembléia elaborará um projeto de Constituição, e vai por aí afora. Esta emenda, ao declarar soberana a atribuição do futuro Congresso — que, aliás, erroneamente faz coincidir com a atual —, na verdade permite a esse conjunto de deputados e senadores abolir a Federação ou a República. Se não, não seria soberana.

Ora, nenhum conjunto de homens nesta Nação, em qualquer tempo, por deliberação pacífica e ordeira numa Casa de leis, pode apagar ou alterar a história pátria. Ninguém pode modificar aquilo que a história registra, isto é, o que foi construído por Tiradentes, D. Pedro I ou Deodoro da Fonseca. A República e a Federação são conquistas e fatos que a nossa História esculpe e inscreve de forma que legislador nenhum possa apagar.

Sr. Presidente, o Regimento Comum do Congresso Nacional, há pouco por mim declinado, estabelece, no seu art. 73, que “na sessão a que se refere o artigo anterior” — e a sessão é exatamente esta que estamos realizando — “o Presidente poderá rejeitar, liminarmente, a proposta que não atenda ao disposto no art. 47, § 1.º da Constituição”.

Ora, esta proposta, ao permitir que o conjunto de deputados e senadores que aqui se reunirão no dia 31 de janeiro de 1987 possam tudo soberanamente, está permitindo que possam abolir a Federação e a República. Logo, caberia ao Presidente do Congresso Nacional declarar, *in limine*, a rejeição da proposta de emenda à Constituição, encaminhada através da mensagem do Poder Executivo. Daí a minha questão de ordem, no sentido de que se faça cumprir o Regimento, em seu art. 73, e a Constituição da República, em seu art. 47, § 1.º” (*Diário do Congresso Nacional*, 8-8-85, pág. 1283.)

Para contraditá-lo, o Sr. Deputado Celso Barros argumentou:

“O SR. CELSO BARROS (PFL — PI. Sem revisão do orador.) — Sr. Presidente, é de todo infundada a questão de ordem argüida pelo nobre Líder Gastone Righi, que confunde a convocação de uma Constituinte com a proibição constitucional atinente exclusivamente a um processo de reforma constitucional. A matéria consignada no artigo a que se refere S. Ex.<sup>a</sup> prende-se exclusivamente à competência do Congresso Nacional para elaborar reforma

De sorte que, permita-me S. Ex.<sup>a</sup> dizer, tal raciocínio se coloca no campo de especulação, e as questões de ordem — diz o próprio Regimento Interno — devem ser objetivas e não de natureza especulativa. É ainda o próprio Regimento quem dá, à Comissão encarregada de apreciar essa matéria, a competência de argüir ou não a inconstitucionalidade da proposição. Seria exceder em muito os meus poderes se eu, preliminarmente, não aceitasse a proposta de emenda à Constituição. Assim, permita-me, nobre Deputado Gastone Righi, indeferir a questão de ordem levantada por V. Ex.<sup>a</sup> (Palmas.)” (*Diário do Congresso Nacional*, 8-8-85, pág. 1283.)

A questão não prosperou na Comissão encarregada de apreciar a matéria.

No plenário, foram inúmeras as manifestações que ratificaram o entendimento do Sr. Presidente da República, contido em sua mensagem sobre o caráter da Assembléia Nacional Constituinte.

Vejamos algumas delas:

*Djalma Bom* e outros, na justificação da Emenda n.º 2, apresentada à proposta:

“A rigor, não há nenhum órgão, pessoa ou poder especialmente competente, para convocar o poder constituinte originário. Tudo o que se pode dizer, em aproximação, é que esse ato convocatório pode ser praticado por aqueles que, legitimamente, representam o povo soberano. Na situação atual de nossa desorganização política, após mais de duas décadas de ditadura, essa legitimidade cabe ao Congresso Nacional, de cujos componentes a maioria foi eleita pelo povo, embora com distorções representativas de monta, de todos conhecidas. Frise-se, no entanto, que, quanto à Constituinte, a intervenção do Congresso deve limitar-se à sua convocação e nada mais.” (*Diário do Congresso Nacional*, 22-8-85, pág. 1477.)

*Valmor Giavarina* — Relator do vencido na Comissão Mista encarregada de dar parecer à proposição, objeto da mensagem presidencial:

“A ruptura não será o traço desta nova época.

A alternativa, que hoje escolhemos, de uma Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, a ser eleita no dia 15 de novembro do próximo ano, não encontra óbices intransponíveis de natureza constitucional, ética, jurídica, legal e regimental. E teremos não uma Assembléia Nacional Constituinte originária, clássica, ao preço de semelhantes crises, mas uma Assembléia Nacional Constituinte instituída, viável, possível, que o bom senso nos impõe a realizar.

A assinatura da proposta presidencial, na presença do Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, e agora submetida à apreciação do Congresso Nacional, evidencia o consenso entre os três poderes da República.

O que se impõe agora, diante da realidade política que vivemos, é uma solução jurídica quanto à sua essência, mas política quanto à sua forma.

Jurídica, porque por ela o futuro Congresso objetivará, em texto, a idéia de Direito que a Nação deseja. Política, porque não abala o estado de direito existente.

É a única saída historicamente pacífica para a grande crise brasileira, que é, antes e acima de tudo, uma crise de direito.

O Brasil é um país sem ordem jurídica e todas as outras se ressentem disso ...” (*Diário do Congresso Nacional*, 22-10-87, pág. 1985.)

*Celso Barros*, em pronunciamento em plenário, durante a 1.<sup>a</sup> discussão:

“Estamos em um momento decisivo para a história política, social e econômica do Brasil. Por isso mesmo, o mínimo que se pode exigir de nós é a reflexão, a prudência, a seriedade, e voltarmos para as lições da História que nos haverão de iluminar, de certa forma, no caminho que haveremos de seguir.

Verifico um erro lamentável de técnica na discussão da convocação da Assembléia Nacional Constituinte. A convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte não está prevista na Constituição. Logo, não se inscreve como tema de reforma constitucional, é questão suprapartidária, que transcende a esfera do texto constitucional e, por isso mesmo, deveria reservar-se exclusivamente ao exame da matéria pertinente ao debate da convocação da Constituinte.

Tal, porém, não ocorre. O que se pretende é desvirtuar o sentido da Emenda José Sarney, vinda para cá numa hora difícil, numa hora de transição e, por isso mesmo, numa hora que exige de todos nós reflexão, ponderação e, ao mesmo tempo, o exame de nossa realidade e de nossas dificuldades.” (*Diário do Congresso Nacional*, 22-10-85.)

Já durante a tramitação da proposta de convocação da Assembléia Nacional Constituinte, o Senador Afonso Arinos, a propósito de uma questão colocada no curso do debate que se seguiu à exposição que produziu perante a Comissão Mista, deu, de forma irrefutável, testemunho valioso quanto à classificação dos poderes da Assembléia Nacional Constituinte. Ouçamo-lo:

“O SR. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — Eu vou procurar responder ao nobre Deputado. O problema dos senadores remanescentes não é nada despiciendo, nem teórica nem politicamente; não é, entretanto, um problema magno, exatamente por causa da exigüidade do seu número, com a totalidade da Constituinte. Quer dizer, são poucas as unidades de senadores, com as centenas de constituintes.

Portanto, esse problema não se colocará na inclinação dos votos da Constituinte em si mesmo. Nesse sentido, do ponto de vista constituinte, quantos são os senadores remanescentes?

O Sr. João Gilberto — Vinte e três.

O SR. AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO — A Constituinte terá quinhentos representantes. Então, isso mostra que, do ponto de vista, vamos dizer, realista, a questão é teórica, não é uma questão propriamente política.

Agora, eu não vejo solução em mim mesmo, eu nunca examinei em profundidade esse assunto, mas eu não lhe daria a significação de um assunto primacial. A Constituinte vai resolver isso, é ela, a Constituinte, que vai resolver isso. Não é o Congresso atual, vai ser a Constituinte que vai decidir se ela reconhece ou não reconhece os mandatos dos antigos senadores. Isso vai interessar durante uns dias. A opinião e a conclusão, ou o resultado a que chegar a própria Constituinte vai ser coberto pelas águas do tempo e o tempo é muito longo, em quinze dias ninguém mais falará nisso. Eu acho que isso é um problema da Constituinte, não um problema do Congresso atual. Eu acho que é um problema da Constituinte porque é um problema dela, do seu seio, da sua existência, e não é um problema fundamental. Esta é resposta muito canhestra, muito pobre, mas é a que me ocorre, porque me parece que isso vai dar-se assim. Ainda que não se resolva nada, a Constituinte vai decidir, ela própria.” (*Diário do Congresso Nacional*, 30-11-85, pág. 2649.)

E foi exatamente o que aconteceu! Vale reproduzir aqui a observação de Tancredo Neves, citada na Comissão Mista, pelo Sr. Carlos Eduardo Moreira:

“Uma Assembléia Nacional Constituinte é mais interessante quando há um vazio de representação popular. Quando não existe um Congresso funcionando, convoca-se uma Constituinte. Mas, com um Congresso em funcionamento — e seria a primeira vez que isso aconteceria em nossa História —, delegam-se poderes ao Congresso. E não há divergências em substância.”

Valiosa é também a opinião do Sr. Prof. Geraldo Ataliba Nogueira, manifestada naquela Comissão:

“O SR. GERALDO ATALIBA NOGUEIRA — Deputado Siqueira Campos, V. Ex.<sup>a</sup> tem razão. Não há essa soberania — não vai haver essa soberania, porque não houve a tal ruptura radical da ordem jurídica. Então, esses limites que chamo de sociológicos, V. Ex.<sup>a</sup> pode dar a designação a mais ampla que puder. Eu quero atribuir ao adjetivo sociológico a mais ampla designação, mas estou só excluindo o limite jurídico, o limite jurídico não haverá para essa Assembléia Nacional Constituinte no instante em que o povo comparecer às urnas e corresponder a esta convocação, porque a própria existência dessa proposta já é uma contradição.”  
(*Diário do Congresso Nacional*, 3-12-85, pág. 2713.)

Por fim, reproduzamos aqui a sábia colocação, ainda que sarcástica, do Sr. Paulo Brossard, perante a aludida Comissão, sobre a questão da soberania da Assembléia Nacional Constituinte:

“Aliás, por falar também em soberania da Assembléia, claro que a Assembléia é soberana. Mesmo essa soberania não é uma soberania de direito divino. Não é. Outro dia, eu dizia, é soberana, mas não pode excluir da Federação brasileira o Estado do Rio Grande do Sul. Não pode por quê? — Porque não pode, porque para fazê-lo teria que romper a Unidade Nacional, a História do Brasil, e não pode, a soberania não chega lá. Da mesma forma, se nós aqui, até proporia o Deputado Flores da Cunha, propuséssemos: se incorpore a Província Cisplatina. (Risos.) Restaure. Pergunto: Pode?! Não pode!

É preciso colocar a questão nos seus termos próprios, nas suas dimensões naturais, sem exageros, totalmente fora da realidade das coisas; metafísicas, naquele sentido que os positivistas empregavam com verdadeiro furor: isso aí é que é a metafísica.

É preciso colocar a questão dentro daqueles limites do razoável. Tanto a Constituinte não é livre e soberana para expulsar da comunhão nacional o Rio Grande do Sul, que não fará parte do Brasil, como seria igualmente insensato, estúpido, irracional e impossível, e ainda há mais, dizer ficam banidos os negros do Brasil, volta tudo para a África. Não pode! Por que não pode? Porque não pode! Seria simplesmente desfazer, apagar ou pretender desfazer quatro séculos de História, quatro séculos de civilização. Não pode fazer! Ou, então, a história da Cisplatina: incorpore-se a Cisplatina. Tem direito a eleger tantos deputados, tantos senadores, etc. Vamos ver se eles concordam. Perdão, não sei se estou criando problema internacional aqui com este exemplo, talvez mal inspirado, é para caricaturar. Creio que valeu a pena.”  
(*Diário do Congresso Nacional*, 3-12-85, pág. 2722.)

Todo esse acervo de depoimentos foi acumulado antes da elaboração do Regimento Interno! Ainda antes dele, no dia 1.º de fevereiro de 1987, no momento do compromisso dos Srs. Deputados, o Presidente Ulysses Guimarães, no exercício certamente de poderes premonitórios, falou:

“Srs. Parlamentares, considerando a tradição das Assembléias Constituintes brasileiras, os constituintes prestarão o respectivo compromisso em relação à Constituição que irá ser adotada; considerando que tal procedimento foi adotado nas Constituintes de 1891, 1934 e 1946; considerando que as Constituintes de 1891 e 1946 — embora, no caso desta última, estivesse em plena vigência a Carta de 1937 — eram integradas por deputados federais, senadores e Congresso Nacional com poderes constituintes, a exemplo do que ocorre no presente momento, resolve a Presidência adotar os termos do compromisso prestado na Assembléia Nacional Constituinte de 1946. Assim, logo após a leitura do compromisso pelo Presidente, será feita a chamada nominal, quando cada deputado, de pé, declarará: ‘Assim o prometo’.

Se, eventualmente, ao prestar o compromisso, algum senhor deputado desejar fazer declaração de voto, poderá usar desse direito, conforme adotado em oportunidades anteriores, rogando a Mesa, contudo, que o faça nos termos do Regimento, isto é, por escrito.

(O Sr. Presidente presta o compromisso.)

‘Prometo guardar a Constituição da República a ser adotada, desempenhar fiel e lealmente o mandato que me foi confiado e sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.’”  
(*Diário do Congresso Nacional*, 2-2-87, pág. 97.)

Quanto ao Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte, como base para estabelecer a classificação de seus poderes, convinha ao Sr. Consultor-Geral examiná-lo como um todo, não esquecendo, especialmente, o art. 59, V, que instituiu o projeto de decisão, que, segundo o § 7.º do mesmo artigo, destina-se “a sobrestar medidas que possam ameaçar os trabalhos e as decisões soberanas da Assembléia Nacional Constituinte”.

A exposição sobre o tema “A Constituinte Brasileira de 1987 — Como se Classifica” é coroada com duas citações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

A elas é indispensável juntar, para seu correto entendimento, uma outra que define, com precisão, a posição ideológica do ilustre jurista:

“Postas de lado as ilusões, o titular do Poder Constituinte não é nem a nação nem o povo. Ou só o é na medida em que

se imputa à nação ou ao povo um poder que é efetivamente detido e exercido por uma elite (v. o meu livro “A Democracia Possível”, São Paulo: Saraiva, 5.ª ed., 1979, cap. II). Esta, que Mosca denominou de classe política numa expressão que hoje dá lugar a equívocos, é quem rege os destinos do grupo social. Ela é quem vivifica o Poder Constituinte, gerando a Constituição. E nova Constituição advém quando esta elite muda, ou de cosmovisão, ou de composição. No primeiro caso, a nova Constituição vai corresponder a um processo evolutivo que chega a consolidar novas convicções, ou acentuar aspectos novos de convicções antigas, sem que a elite tenha sofrido mais do que a renovação vegetativa e a circulação típica do grupo social. No segundo, outra elite se põe no lugar da anterior, inclusive com o uso da força bruta. Ocorre nisto, e bem claramente, uma ruptura traumática entre o velho e o novo.” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho. — Nova Perspectiva do Processo Constitucional — *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 60/61, janeiro/julho de 1985, págs. 135 e 136.)

#### IV

Em decorrência da argumentação com base no Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte, o Sr. Consultor-Geral chega à conclusão de que a atual Assembléia Nacional Constituinte é uma Constituinte derivada.

Arrima-se, para tanto, na opinião de eminentes professores e juristas. O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dos autores citados, é o que discorreu sobre o assunto depois de promulgada a Emenda Constitucional n.º 26/85.

Toda a argumentação do Consultor-Geral busca demonstrar que uma nova Constituição não pode resultar de um poder constituinte derivado. É no mesmo autor que vamos buscar um depoimento que demonstra a precariedade dessa argumentação.

É do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho a seguinte observação:

“Na Espanha, a Constituição de 1978 também se estabeleceu sem rompimento com o sistema jurídico anterior. De fato, em 1976, as cortes adotaram, pelo procedimento previsto no Direito então vigente, a 8.ª Lei Fundamental. Esta era uma Constituição provisória, com base na qual se elaborou a legislação da reforma política. E após eleições disputadas, de acordo com as novas regras, reuniram-se cortes, ao mesmo tempo ordinárias (porque desempenhavam normalmente a função legislativa) e constituintes

(porque se empenhavam no estabelecimento de uma nova Constituição). Tais cortes elaboraram a Constituição ora em vigor, aprovada por elas em 31 de outubro de 1978, ratificada, *in referendum*, em 6 de dezembro de 1978, sancionada pelo rei em 27 de dezembro do mesmo ano.” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Nova Perspectiva do Processo Constitucional — *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 60/61, janeiro/julho de 1985, pág. 140.)

E prossegue o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“O exemplo francês mostra como uma Constituição pode resultar de um poder constituinte derivado, *atribuído a um órgão não eleito*, com poderes limitados por certos princípios e sujeito a um procedimento prefixado. E ele e o espanhol mostram que nem sempre uma Constituição nova pressupõe revolução, no sentido jurídico — o de violação da Constituição vigente.” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Nova Perspectiva do Processo Constitucional — *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 60/61, janeiro/julho de 1985, pág. 140.) (Grifo nosso.)

No Brasil, não fomos tão longe.

O poder constituinte foi eleito legitimamente e sua liberdade e soberania assegurados no ato convocatório.

As outras citações, constantes nesse título (Pontes de Miranda, Nélson Souza Sampaio, João de Oliveira Filho e Gonzales Calderón), foram buscadas em obras escritas anteriormente à Emenda Constitucional n.º 26/85.

São sábias no que toca à doutrina. Referem-se, todavia, a situações totalmente diversas. Comentam o poder de emenda e reforma, como previsto nas disposições constitucionais anteriores ao ato que convocou a Assembléia Nacional Constituinte.

Uma delas, contudo, merece destaque. A última. O Sr. Nélson de Souza Sampaio, ao referir a fixação da teoria do poder constituinte, aponta com suprema honestidade intelectual:

“Feita a Constituição, a Assembléia Constituinte se dissolve, a função constituinte entra em fase de latência, e somente volta a manifestar-se de modo intermitente, quando é trazida à tona por subversões revolucionárias ou, o que é mais raro, por *convocação pacífica*.” (Grifo nosso.) (Trabalho do Consultor-Geral, pág. 21.)

Foi, exatamente, o que ocorreu em nosso País com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 26/85.

O problema, portanto, não é de direito positivo, como quer fazer crer o Senhor Consultor-Geral, mas político, como bem o demonstra, com sua

habitual clareza, o notável Geraldo Ataliba (Constituinte derivada? *Jornal Folha de S. Paulo*, 30-12-87, pág. 3):

“O critério de avaliação jurídica do ato convocatório não está na ordem jurídica anterior, mas, sim, nos seus efeitos (necessariamente posteriores). Se o efeito for a reunião da convenção, que elabore uma Constituição eficaz, ele terá sido eficaz. Se ocorrer o contrário, o ato convocatório terá sido um malogro político e um aborto jurídico (com a persistência da ordem atual). É que Constituinte só cabe onde houver ruptura jurídica, quebra da ordem jurídica existente. Só se compreende, qualifica e dimensiona a Constituinte pelo resultado de sua função: a Constituição. A Constituição é uma norma nova, absolutamente inovadora, que não repousa em nenhuma norma anterior ou superior. A Constituição nasce da Constituinte. E esta nasce do fato político: reunião de delegados do povo, escolhidos para esse fim (portanto, com poderes para estruturar um Estado). A Constituinte não surge do, não repousa no, não depende do direito; não é condicionada por nenhuma norma. Fato político, nasce de um fato político: a escolha, a investidura de seus membros, com explícita delegação.

Por isso, o ato convocatório não é relevante para conhecer-se a Constituinte ou a Constituição. Ele é mero ato político, que produz outro ato político, ambos fora da esfera de direito. Por isso, é irrelevante que, no caso, tenha sido uma emenda constitucional. Poderia ter sido qualquer outro ato, poderia ter revestido qualquer outra forma; para convocar Constituinte não há regras jurídicas.

De tudo, pode-se facilmente concluir que o fundamento — justificação, explicação, ponto de apoio — da Constituinte ora reunida está no voto dos eleitores. Em nada mais. As razões, motivações, pretextos, alegações retóricas ou atos políticos anteriores, que tenham induzido os eleitores, não são juridicamente relevantes. A eleição dos constituintes é o fato fundante da Constituinte, que, por sua vez, será o fato fundante da nova Constituição. Levar a indagação mais para trás nada resolve. É irrelevante. Não interessa. Está fora das cogitações dos juristas. Questionar se o ato convocatório foi este ou aquele é supérfluo e impertinente. É despropositado. Mais que isso, é ridículo.”

Esse, também, o pensamento do mestre Afonso Arinos, quando traz à colação (discurso no Senado Federal, 10-1-88) a seguinte lição de Julien Laferrrière:

“Do ponto de vista jurídico, o processo que consiste em declarar a imutabilidade de uma parte da Constituição não tem valor. O poder constituinte que se exerce em certo momento não

é superior ao poder constituinte que se exercerá no futuro e não pode pretender restringi-lo, ainda que em ponto determinado. As disposições desse gênero são simples votos de manifestações políticas, mas não têm nenhum valor jurídico, nenhuma força obrigatória para os constituintes futuros.” (Julien Laferrière, *Droit Constitutionnel*.)

## V

No título “Limites dos Poderes de Constituinte Derivada”, o Sr. Consultor-Geral afirma que:

“Nosso atual Congresso Constituinte, a menos que pretenda declarar-se revolucionário e suprimir a vigência da atual Constituição de que derivam seus poderes e os mandatos de seus membros, não pode:

- I — abolir a República e a Federação;
- II — alterar os direitos e garantias individuais;
- III — abolir a independência dos poderes constituídos;
- IV — alterar o tempo de mandato e os poderes do Presidente da República investido no cargo;
- V — submeter o Poder Judiciário a controle externo;
- VI — abolir os direitos políticos, o voto direto, universal e secreto e periodicidade dos mandatos eletivos;
- VII — o regime democrático, o sistema representativo de governo, o pluralismo partidário;
- VIII — as regras instituidoras das Forças Armadas e segurança do Estado;
- IX — os fundamentos da soberania nacional na autodeterminação e sobre o território nacional;
- X — o Estado laico;
- XI — princípios fundamentais de cada um dos institutos acima enumerados constituídos pelos fundadores de nosso Estado e que são os alicerces basilares da sociedade brasileira, inclusive o direito de propriedade, a economia de mercado e a liberdade de imprensa.”

Da leitura atenta da relação do que a Assembléia Nacional Constituinte — como poder derivado, nos termos do parecer do Sr. Consultor-Geral — não pode fazer, chega-se à tranqüila conclusão de que a sua tarefa será

dispor sobre matéria objeto da legislação ordinária. Ora, foi o próprio Sr. Consultor-Geral que, em nota publicada no *Correio Braziliense*, de 6 de dezembro de 1987, alinhou uma série de críticas ao projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização, alegando que grande parte da matéria nele contemplada deveria ser remetida à lei ordinária.

Chegamos, assim, a um dilema: se a Assembléia Nacional Constituinte não pode dispor sobre aquele elenco de questões de princípio e não deve invadir a área de competência da legislação ordinária, que pode ou deve ela fazer?

A contradição é evidente.

Aceita a tese, não há como se deixar de registrar: quem primeiro desrespeitou os limites impostos pelo Senhor Consultor-Geral foi o Senhor Presidente da República, ignorando os seis anos de mandato que a atual Constituição lhe atribui, para pleitear cinco!

Ainda nesse título, o Senhor Consultor-Geral busca apoio para a sua tese em Carlos Maximiliano, pontificando:

“Em regra, os espíritos superficiais, em vez de estudarem a fundo os problemas, suas causas próximas ou remotas e as soluções experimentais e complexas, agravam o mal com o excesso de regulamentação, tentam precipitar, a golpe de decretos e emendas constitucionais, uma reforma que só o tempo, a prática do regime e o estudo de especialistas lograriam tornar completa, definitiva, eficaz. Como o processo é falho, a desilusão vem logo; o demolidor triunfante de ontem é sempre o opositor irritado de hoje.” (Vol. III, pág. 303.)

A referência só teria sentido se fosse acompanhada dos textos que a completam e permitem sua exata compreensão.

Diz Carlos Maximiliano, na íntegra:

“A Constituição deve adaptar-se ao meio para o qual foi promulgada. Desde que ele se modifique e aperfeiçoe, aumente a cultura geral, surjam novas necessidades imprevistas, ou a lei suprema se afeiçoa às condições novas da sociedade, ou se converte em obstáculo à vida nacional até arrastar o país à guerra civil. “Toda Constituição escrita e rígida, a menos que seja profundamente ilógica e soberanamente imprudente, deve organizar o processo pelo qual poderá ser oportunamente revista e modificada”. “A imprevidência não deixaria senão o recurso fatal das revoluções, que muitas vezes, em lugar de melhorar, abate, confunde, destrói tudo e por fim funda sobre ruínas Constituições fantásticas e de curta duração.” (Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1946, volume 3, pág. 305.)

E completa:

“Há dois processos para alterar a letra do estatuto fundamental ou lhe adicionar prescrições: a) o Congresso ordinário reconhece preliminarmente a necessidade da reforma, que é decretada por uma convenção reunida para aquele fim; b) as Câmaras, sem mandato especial, observando apenas cautelas rigorosas, modificam o código supremo.

O primeiro sistema é incontestavelmente mais liberal e democrático; devolve à nação o direito de alterar ou substituir as instituições; satisfaz melhor o ideal de reconciliar o Governo com a liberdade; o eleitor confere a investidura, consciente de que será ampla, visto haver sido explícita. Assim prescreve o art. 30 do estatuto argentino. O outro processo, mais generalizado, oferece a vantagem de facilitar as revisões parciais e limitadas, preferidas ultimamente, e apoiadas pelas conclusões da Sociologia. Deve haver evolução, em vez de transformação. Prevalece o preceito de sabedoria política, exposto por Augusto Comte, e seguido por Herbert Spencer e demais filósofos da escola científica de Carlos Darwin. O Brasil adotou o último sistema.” (Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1946, volume 3, pág. 309.)

Vale repetir, para bem esclarecer. Carlos Maximiliano diz:

“O primeiro sistema é *incontestavelmente* mais liberal e democrático; devolve à nação o direito de alterar ou *substituir as instituições*; satisfaz melhor o ideal de *reconciliar* o Governo com a liberdade.” (Grifos nossos.)

Qual é esse processo?

Exatamente aquele de o Congresso ordinário reconhecer preliminarmente a necessidade de reforma que é decretada por uma convenção convocada para aquele fim. Foi o que ocorreu e está ocorrendo no País. Aos senadores e deputados foram explicitamente atribuídos poderes constituintes livres e soberanos.

Ainda neste título, na sua segunda parte, o Sr. Consultor-Geral socorre-se, mais uma vez, de Georges Burdeau, extraindo ensinamentos do seu *Manual de Direito Constitucional*. A citação:

“Nenhuma disposição constitucional, afirma-se, pode consagrar a intangibilidade absoluta de uma parte da Constituição. Eu mesmo, tendo sustentado uma tese análoga, creio, depois de mais ampla reflexão, que ela não tem fundamento. Com efeito, quando a Constituição proíbe que se fira a forma de regime ou *o seu espírito geral*, não proclama de nenhum modo a imutabilidade absoluta das instituições, o que seria um contra-senso. Ela recusa apenas ao órgão de revisão a faculdade de promover reformas que, pela sua natureza, por importância, ultrapassa as pos-

sibilidades de um poder instituído. Mas essas reformas podem ser redigidas por um poder constituinte originário.” (*Manual de Direito Constitucional*, Georges Burdeau, vol. 3.º, págs. 254/255.)

Ora, esse argumento prova demais. Quem estabeleceu as possibilidades do poder constituinte da Assembléia que está elaborando a nova Constituição? Inegavelmente foi a Emenda Constitucional n.º 26/85, submetida ao Congresso pelo Sr. Presidente da República. O trabalho realizado até aqui não ultrapassou em nenhum momento “as possibilidades de poder instituído”, se assim se quiser classificar aquele atribuído à atual Assembléia Nacional Constituinte.

O importante é observar nesta altura que tanto Georges Burdeau, como todos os autores citados no trabalho em exame, têm como um dos pontos de amarração de seu raciocínio a realidade institucional de seus países. É dessa perspectiva que deve ser encarada a Assembléia Nacional Constituinte.

Georges Burdeau desenvolve grande parte do seu raciocínio tendo em vista a evolução do Direito Público Constitucional francês, e assim também os demais autores citados. Para uma correta interpretação dos poderes da Assembléia Nacional Constituinte em operação em nosso País, é indispensável que se tenha em mente, em todos os momentos, a nossa realidade institucional. De outra parte, seria errôneo adotar uma interpretação radical, fazendo-se uso de posições que foram manifestadas no período da divulgação da proposta de emenda constitucional. Isto porque tais manifestações situaram-se na controvérsia que se estabeleceu entre a conveniência de se convocar uma Assembléia Nacional Constituinte com fins específicos e exclusivos para elaborar a nova Constituição e a de se atribuir aos deputados e senadores que compõem o Congresso Nacional poderes constituintes. Em nenhum momento, aquelas manifestações abordaram a questão da liberdade e da soberania da futura Assembléia Nacional Constituinte, pois que esses atributos foram claramente fixados no ato convocatório, isto é, na Emenda Constitucional n.º 26, de 1985.

Ganha o terreno do sofisma a discussão em torno da verdadeira dimensão das expressões pleno, livre e soberano, constantes da emenda constitucional. Não se pode, de modo algum, aceitar como válida a interpretação de que tais adjetivos devem ser entendidos “como relativos ao exercício dos poderes de segundo grau, dos plenos poderes de reforma e não de poderes de reforma plena”, pois que, aceitando-se tal colocação, estar-se-ia, sem dúvida, validando um mero jogo de palavras.

O que a emenda constitucional diz claramente é que a Assembléia Nacional Constituinte é livre e soberana para elaborar uma Constituição. Nada mais, nada menos.

Nesse título, o autor cita Hans Kelsen, para lembrar que

“uma *ordem* é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade, e o fundamento de uma ordem normativa é — como veremos — uma ordem fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem”. (Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 3.<sup>a</sup> edição, tradução portuguesa, Coimbra, 1974, pág. 52.)

Cabe, então, a pergunta: quer o autor com essa citação referir-se a que norma fundamental? Àquela consubstanciada na Constituição de 17 de outubro de 1969, imposta pelos ministros militares no exercício da Presidência da República? Fica a pergunta para a melhor resposta possível.

Todos os outros argumentos apresentados nesse título padecem da mesma insuficiência, já que o autor parte do princípio de que se possa aceitar como norma fundamental a Constituição imposta em 1969.

## VI

O título que se segue do trabalho ora comentado refere-se ao Congresso Constituinte. Quer o autor, na linha de raciocínio utilizada na argumentação dos títulos anteriores, demonstrar que a Assembléia Nacional Constituinte é um Congresso Constituinte. Para tanto, o subtítulo “Poder Constituinte” reproduz o esquema constante da obra de José Celso de Mello Filho que faz graficamente a distinção entre poder constituinte originário ou de 1.<sup>o</sup> grau e poder derivado ou de 2.<sup>o</sup> grau (secundário, relativo e limitado).

Esse esquema simplista, em face de sua finalidade didática, por si só não explica o caso institucional brasileiro nem qualquer outro. Ele não diz toda a verdade; é um esquema meramente auxiliar para uma exposição professoral, de preferência quando dirigida a neófitos.

Quem nos assegura a melhor lição é Pontes de Miranda.

Ouçamo-la para negar validade às soluções triviais, como as do arrazoado em análise:

“Desde que se estabeleceu a Constituição, pode ocorrer:

a) *Destruição, no tempo, do poder estatal*, que é mais do que destruição do poder constituinte. Por exemplo: se ao povo cabe o poder estatal, como em teoria está assente no direito das gentes contemporâneo e, por plebiscito, ele o entrega à oligarquia (dita aristocracia), conservando a intervenção plebiscitária; mas, se a oligarquia o despoja do poder de intervenção plebiscitária, dá-se a destruição do poder estatal popular, a favor do poder estatal oligocrata. Assim, o fechamento da Assembléia Constituinte, sem se tirar ao povo o direito de criar outra Assembléia Constituinte,

é destruição do poder constituinte sem destruição do poder estatal. Se e quando os princípios supra-estatais forem precisos e suficientemente rígidos, nenhum caso *a)* poderá ocorrer; porque será ineficaz, ou nulo, ou inexistente, perante o direito das gentes. O princípio “o poder estatal pertence ao povo” existe no direito das gentes, mas faltam-lhe *guarda* eficiente e *rigidez*. Enquanto não se estabelece essa guarda e essa rigidez, a distinção entre os casos *a)* e os casos *b)* é possível, o que tem escapado aos tratadistas da teoria da Constituição, por não serem rigorosamente científicos, principalmente não serem baseados em lógica contemporânea, os seus estudos.

*b) Destruição, no tempo, do poder constituinte: a existentia fluens* da Constituição, que é o poder constituinte em sua projeção do passado para o presente, e do passado e do presente para o futuro, ou cessa, ou se desfaz, desde o passado (*ex tunc*). Não há mais, ou não houve Constituição, porque o poder mesmo, que a ditou, estancou desde agora, ou se diluiu desde o nascedouro, no passado. Donde ser possível a *destruição do poder constituinte*, desde o presente (*ex nunc*), ou desde algum momento anterior ao ato destrutivo (*ex tunc*), não sendo necessário que se opere desde o início da sua atividade legislativa constitucional. Trata-se, portanto, de nomatomia, radical quanto ao órgão do poder estatal, mas, temporalmente, ou radical (*in praeteritum*), ou não radical (desde certo momento no passado, posterior à incidência, ou desde agora).

*c) Supressão da Constituição*, desde agora, ou no pretérito, sem destruição do poder constituinte, *a fortiori* do poder estatal: *a)* pela adoção de outra Constituição, por ato do próprio poder constituinte; *b)* pelo golpe de Estado, convocando o poder constituinte que fizera a Constituição. O poder constituinte subsiste. Há, pois, *descontinuidade de Constituição* e *continuidade do poder constituinte*. Tal caso mostra que se pode suprimir a Constituição, portanto agir *inconstitucionalmente*, se bem que se não suprima o poder constituinte (separação entre o *produto* do órgão e o órgão).

*d) Reforma ou revisão constitucional da Constituição*, isto é, de acordo com as regras jurídicas da Constituição mesmo quanto à reforma ou revisão, ou com violação delas (reforma ou revisão *inconstitucional* da Constituição).

A reforma ou revisão tem a sua *técnica*, que vai *a)* do simples procedimento para a elaboração das leis ordinárias, de modo que a distinção “lei constitucional — lei ordinária” depende da adjetivação que se deu às regras elaboradas ou da sua atuação intertemporal em relação aos textos constitucionais anteriores, até

z) à formação de outra Assembléia Constituinte (poderes para total revisão), desde que se não suprimiu a Constituição. Antes do z) está y), que é o caso da “assembléia nacional”, que se reúne para reformar parte da Constituição. Nenhum dos casos de a) a z) pode ser concebido com o lapso constitucional, isto é, com algum momento de descontinuidade constitucional entre a nova regra constitucional ou a nova Constituição e a Constituição anteriormente vigente.

Por isso mesmo é costume dizer-se que, se houve reforma ou revisão, ainda que nenhuma expressão reste da anterior Constituição, a Constituição é a *mesma*, reformada (a mesa de estilo a que se substituíram, uma a uma, todas as peças ou pedaços, continuaria de ser a mesma mesa). A regra da reforma, tendo sido respeitada, assegura a *permanência* da Constituição.

a) Uma das variáveis para a gradação de a) a z) é o procedimento para a *convocação* da assembléia reformadora; e.g., proposição por dois terços das duas Câmaras, ou pelos corpos legislativos de dois terços dos Estados-membros (Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, art. V).

b) Segunda variável é o procedimento para a iniciativa da reforma, que ora se associa ao procedimento para a convocação da assembléia reformadora “deliberante”, ora não.

c) Outra variável é a ratificação, quer pela mesma assembléia (noutro momento, ou no mesmo), quer por outro corpo, inclusive o Presidente da República, se pode vetar a reforma, ou o povo, pelo plebiscito ou referendo (Constituição suíça de 29 de maio de 1874, arts. 118, 119, 123).

d) Outra variável é ainda a exigência de *quorum* para a reforma (não se confunda com a exigência de *quorum* para a iniciativa ou para a convocação; maioria absoluta, dos dois terços, repetição da votação em momentos separados, votação global e parcial, unanimidade dos presentes, etc.).

e) Nos Estados federais, a alteração de parte ou de toda a Constituição pode dar-se sem reforma do laço federal. Não se modifica, portanto, a estrutura externa do Estado, não se sobe ao plano do direito das gentes, onde, se há um só Estado, não se vê o que pertence à ordem jurídica interna. Se a reforma implica a do laço federal, ou 1) se marcha para o Estado unitário, ou 2) se manteve, no pacto federal, pluralidade de Estados, a que serve a exigência de participação autônoma na reforma, ou 3) já se estava em concepção da federação somente de técnica constitucional interna. Se 3), então ou o laço federal era cerne inalterável, expressão que adiante estudaremos (regra ou regras teori-

camente imutáveis), e no plano dos fatos “mudou”, supressa a Constituição, ou era norma constitucional reformável e foi reformada.

f) *Suspensão da Constituição ou de algumas das suas regras.* Ou a suspensão é contrária à Constituição mesma e então há supressão temporária, sem destruição do poder constituinte e, *a fortiori*, do poder estatal; ou a suspensão é na conformidade de alguma ou algumas regras constitucionais, e então apenas consiste em aplicação da Constituição mesma.

g) *Violação da Constituição ou, melhor, das regras jurídicas constitucionais:* a) *In casu.* Aqui, não se nega a Constituição, ou alguma das suas regras, infringe-se. Não há supressão da Constituição, nem de qualquer dos seus textos; mas apenas infração no caso, ou nos casos determinados. b) *A título de interpretação.* Isto é, quando se legisla, ou se julga, ou se executa, como se a Constituição dissesse o que se exigiria para se poder legislar, julgar, ou executar, como se legislou, julgou e executou. A diferença entre a) e b) repousa em que, em a), não se nega a regra da Constituição, ao passo que, em b), a afirmação da existência da regra ou da inexistência da regra importa em negação da Constituição tal como deveria ser interpretada: infringe-se *em geral*; no fundo, altera-se a Constituição sem se observar o que ela mesma estatuiu para ser alterada.” (Pontes de Miranda, “Defesa, Guarda e Rigidez das Constituições” — *Revista de Direito Administrativo*, vol. V, julho/1946, págs. 20 a 23.)

O Congresso Nacional, ao examinar a proposta de emenda de iniciativa do Sr. Presidente da República, estabeleceu norma jurídica de carácter singular.

Através das eleições de 1986, foram eleitos deputados federais e senadores com poderes constituintes. Se originário ou derivado, a discussão cabe no campo da doutrina. Do ponto de vista pragmático, esses poderes foram plenos. A Assembléia Nacional Constituinte há de operar livre e soberana para elaborar uma lei fundamental que só tem limites no âmbito sociológico e nunca no campo jurídico.

Assim diz a emenda e assim vai ocorrer.

## VII

O penúltimo título do trabalho, “Os poderes do Congresso Constituinte são limitados”, volta a produzir uma interpretação restritiva do ato convocatório com base no que dispõe o art. 3.º da Emenda Constitucional n.º 26, de 1985.

No que toca aos termos da Emenda Constitucional n.º 26, o autor declara:

“Também sob o ponto de vista formal, o atual Congresso Constituinte brasileiro não pode afastar-se daquilo que foi disposto pela emenda constitucional que o convocou.”

Ora, o que estabelece a emenda constitucional que convocou a Assembléia Nacional Constituinte? Ela estabelece:

- a) “Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana.” (Art. 1.º)
- b) “O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e presidirá sessão de eleição do seu Presidente.” (Art. 2.º)
- c) “A Constituição será promulgada depois da aprovação do seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Constituinte.” (Art. 3.º)

O ato jurídico contou com a participação do Presidente da República, que encaminhou a proposta ao Congresso; do Congresso, que discutiu e votou a proposição; do Poder Judiciário, cujo chefe presidiu a instalação da Assembléia Nacional Constituinte.

Pergunta-se: em que a Assembléia Nacional Constituinte se afastou, até a presente data, do disposto na emenda constitucional que a convocou?

Em nada, embora possa, porque, a rigor, todo ato constituinte é, afinal, um ato inconstitucional, como ressalta, com pertinência inexcedível, Geraldo Ataliba:

“Assim a discussão, nos termos propostos pelos desafetos da atual Constituinte, não pode ser levada a sério; a Emenda n.º 26/85 foi inconstitucional. O Congresso não tinha poderes para convocar uma Constituinte. Só o que podia era aprovar emendas específicas, nos termos do direito constitucional vigente. Um decreto executivo com maior razão também não poderia fazê-lo. A Constituição vigente obriga inexoravelmente sua obediência. Se ela só prevê emendas, só emendas cabem. Daí a contradição insuperável, que cria perplexidade para o leigo, embora já plenamente resolvidas pela doutrina do direito constitucional: a convocação da Constituinte é sempre inconstitucional. A reunião de uma Constituinte é fato político, fora do universo jurídico. A nova Constituição é sempre uma ruptura da ordem jurídica. É a negação, a destruição da Constituição anterior.

A primeira jamais é fundamento da segunda. Por isso não a condiciona, não vincula, não a peia.

Daí o equívoco de pretender-se fixar parâmetros para uma Constituição, com base em Constituição anterior. Além do mais, a Emenda n.º 26 foi inconstitucional. Não poderia ter o teor que assumiu. Toda convocação de Constituinte é, por definição, ato de agressão à Constituição vigente.

Toda e qualquer proclamação revolucionária seria igualmente inconstitucional, como inconstitucionais foram todas as convocações das Constituintes, quer brasileiras, quer estrangeiras, a começar da Convenção de Filadélfia (em flagrante violação à Constituição inglesa).

Só isso já faz ver quão equivocadas são as restrições que à Constituinte se quer opor, com argumentos jurídicos.” (Geraldo Ataliba, “Constituinte derivada?” — *Folha de S. Paulo*, 30-12-87, pág. 3.)

## VIII

Em seguida, sob o título “Limitações Implícitas”, o Sr. Consultor-Geral repete, mais uma vez, que a Assembléia Nacional Constituinte exerce poderes constituintes secundários ou derivados. E lembra que eles poderiam sofrer a incidência de certas restrições que limitam a sua prática.

Na justificativa dessas colocações é citada a afirmação de Maurice Hauriou, que lembra a existência de princípios não escritos, que servem de fundamento a qualquer Constituição, antepondo-se-lhe e superpondo-se-lhe.

É inegável que, nem por palavras, nem por atos, até a presente data, a Assembléia Nacional Constituinte, no seu conjunto ou por qualquer um de seus membros, procurou negar essa afirmação. Nem de longe, na elaboração da nova Constituição, foi esquecida a verdade de que fundamentam qualquer Constituição princípios não escritos, que se lhe antepõem e se lhe superpõem.

## IX

Chegados a este ponto e antes de concluir, é de chamar a atenção para o equívoco que comete o Senhor Consultor-Geral quando afirma que só há Constituinte originária se há ato revolucionário que implique quebra, ruptura da ordem jurídica, sob pena de a Constituinte revelar-se derivada e, portanto, submetida à ordem jurídica em vigor.

Em primeiro lugar, há que alertar para o equívoco idiomático em que aqui, e repetidamente, incide o Senhor Consultor-Geral. Semântica e etimo-

logicamente revolução *não* é sinônimo de movimento sangrento e armado. Revolução, nesse prisma, é retomada de uma anterior tendência ou de antecedente inclinação. *In casu*, a revolução consistiria em abandonar o autoritarismo e retornar à democracia. Pouco importa fosse o retorno cruento, ou não.

De qualquer forma seria *revolução*, e, como tal, ruptura da ordem jurídica vigente, ensejando, destarte, o surgimento do poder constituinte originário. Mas, também, por outro lado, poderia ser vista a questão: o movimento de 1964, auto-intitulado *revolução*, embora sem derramamento de sangue, rompeu uma ordem constitucional e não criou outra (eis que, por sobre a Constituição de 1967, erigia-se uma Emenda Global n.º 1, de 1969, e, mais acima ainda, a ordem *institucional* dos atos de exceção).

É à atual Assembléia Constituinte que caberá reedificar, totalmente, por sobre o vazio decretado em 1964, e rompendo inteiramente com a obra normativa então iniciada, uma nova e global estrutura constitucional. E isso, por óbvio, só com poder constituinte originário se alcança.

Ademais, o Senhor Consultor, irrealisticamente, não quer admitir a possibilidade da existência de radical mudança institucional, em regime de paz, pelo simples fato de que só lhe interessa, por deleite singular, ao que parece, limitar as competências da Assembléia, não encontrando, para tanto, outro argumento.

A prevalecer esse entendimento, ter-se-ia que admitir a situação absurda pela qual a atual Assembléia Nacional Constituinte também estaria vinculada aos atos institucionais baixados pela ditadura, uma vez que todos eles só poderiam ter sido revogados pelo Presidente da República (Emenda n.º 1, de 1969, art. 182 e parágrafo único), quando, de fato, foram banidos do mundo jurídico pelo Congresso Nacional (Emenda n.º 11, de 1978).

Nesse caso, os fatos comprovam, e não há construção cerebrina capaz de encobri-los, que ocorreu mudança institucional em regime de paz, como está se verificando também agora, em face do critério especial concebido pelo gênio político brasileiro, pelo qual a quebra de ordem jurídica — a mudança — dar-se-á com a promulgação da futura Constituição.

Evita-se, assim, o vazio jurídico, o que, contudo, não implica limitação aos poderes constituintes da Assembléia.

Tem-se, desse modo, demonstrado que o Senhor Consultor-Geral, com seu trabalho, em vez de servir, desserve, por confundir fato político com fato jurídico, política com direito positivo e ciência política com ciência jurídica.

Vale, aqui, repetir a lição de Georges Burdeau, sobre as “modalidades jurídicas do exercício do poder constituinte”, longa, é verdade, mas

capaz de traduzir, por inteiro, o pensamento do mestre que não se contém em frases esparsas pinçadas de sua obra notável:

“Dès que, pour observer les faits, on s'écarte des formules rigides de la pure théorie constitutionnelle, on constate que l'exercice du pouvoir constituant est susceptible de revêtir des modalités très diverses. Il y a d'abord les formes classiques, mais généralement anodines dans leurs effets, qui consistent à utiliser la procédure de révision prévue par la constitution en vigueur. Il y a aussi l'intervention plus brutale et plus spectaculaire du pouvoir originaire se manifestant pour clore une révolution par l'établissement d'un ordre juridique nouveau. Mais il s'en faut de beaucoup que le pouvoir constituant soit concentré en totalité dans ces procédés extrêmes de sa mise en œuvre. C'est qu'en effet les constitutions ne sont pas des cadres morts qui demeureraient immuables entre deux crises qui les rajeunissent ou les disloquent. Elles vivent, s'adaptent, évoluent selon le rythme des événements politiques, des transformations de l'opinion ou des modifications dans l'équilibre des forces politiques. Même dans celles de ses dispositions qui n'ont pas été expressément amendées, la constitution des Etats-Unis n'est plus celle qui avait été votée à Philadelphie; dans ce qu'il était convenu d'appeler la constitution française en 1939, il cut été difficile de retrouver toute la pensée des constituants de 1875. Sous la IV<sup>ème</sup> République, par la personnalité de son premier titulaire, la présidence de la République a pris une autorité qui était loin d'être prévue par le texte constitutionnel. Quant aux institutions de la V<sup>ème</sup> République, il est à peine besoin de rappeler ce que leur sens doit au général de Gaulle. Là même où le texte n'a pas été ouvertement méconnu, il a revêtu une portée dont la seule analyse littérale eût été impuissante à rendre compte. Ce ne sont là que des exemples dont il serait facile d'allonger la liste; ils suffisent à prouver de le sens d'une constitution n'est pas un donné irrémédiablement figé dans les textes.

Si le pouvoir constituant est une puissance qui fait ou transforme les constitutions, il faut bien admettre que son action n'est pas limitée aux modalités juridiquement organisées de son exercice. A vrai dire, il ne cesse jamais d'agir. On rend généralement compte de cette action permanente en la qualifiant de coutume constitutionnelle. Nous verrons comment il faut entendre celle-ci et quelle valeur il convient d'accorder à son autorité. Ici, nous devons constater qu'elle est impuissante à traduire la vitalité incessante des forces constituantes. Une coutume une fois formée suppose, tout comme la règle écrite, une certaine immobilité de l'état de droit qu'elle a créé; pour s'affirmer, elle a besoin d'une certaine constance dans la pratique. Or, la signification présente d'une constitution est essentiellement mobile: sans que leur cadre formel soit touché, les institutions, les organes, les

autorités connaissent des périodes d'épanouissement suivies de crises de dégénérescence. Je sais bien ce que de semblables altérations doivent à la conjoncture politique, mais il me semble que c'est se satisfaire trop aisément que de les expliquer par les circonstances. Il y a un exercice quotidien du pouvoir constituant qui, pour n'être pas enregistré par les mécanismes constitutionnels, ni par les sismographes des révolutions n'en est pas moins réel. Particulièrement dans les régimes démocratiques du style classique où les citoyens ont un large accès aux instruments de diffusion de la pensée, il y a une action constituante permanente de l'opinion. Sur le canevas du texte en vigueur, c'est qui brode le possible ou l'interdit: aucun homme politique digne de ce nom n'ignore que le champ ouvert à ses prérogatives se trouve plus exactement décrit par la rumeur de la rue ou le cours de la rente que par les articles de la constitution. Assurément, ni la couleur des éditoriaux, ni les fluctuations de la Bourse n'ont qualité pour changer un iota au texte constitutionnel, mais ce sont eux cependant que le valorisent dans le moment où il est appelé à jouer. Plus que sur l'élégance et la logique des textes, la solidité d'un régime politique s'appuie sur le plébiscite journalier par lequel l'opinion fait la constitution en la rendant vivante, c'est-à-dire applicable dans telle de ses dispositions, désuète ou inopportune dans d'autres.

Sans doute convient-il de ne pas exagérer la portée de ces observations et d'en conclure hâtivement à la vanité de la constitution au sens formel du terme; et sans doute aussi n'est-il guère possible d'analyser les formes d'exercice de ce pouvoir constituant discret et innommé, puisqu'on ne saurait les isoler de tout le contexte de la vie politique qui les enrobe. Il m'a paru toutefois que la science politique se doit de mentionner l'existence de ce pouvoir constituant diffus, qu'aucune procédure ne consacre, mais à défaut duquel cependant la constitution officielle et visible n'aurait d'autre saveur que celle des registres d'archives. Fidèles aux méthodes traditionnelles, nous analyserons l'exercice du pouvoir constituant selon ses formes codifiées, mais sans oublier que, pour être les plus voyantes, elles ne sont peut-être pas les plus parfaites, ni les plus efficaces.

§ 1.<sup>o</sup> — Etendue des pouvoirs de l'autorité révisionniste.

108. — Indépendance du pouvoir constituant originaire. — Dans l'exercice du pouvoir constituant, le pouvoir originaire se caractérise par une liberté totale. Juridiquement, cette indépendance tient à ce qu'il est un pouvoir à compétence totale qu'aucune règle antérieure, ni de fond ni de forme, ne saurait assujettir puisqu'étant l'origine de tout ordonnancement juridique, il est qualifié pour l'abroger ou le modifier. Politiquement, il doit son autonomie à son titre d'instrument du souverain. C'est ce titre

que les publicistes du XVIII<sup>ème</sup> siècle, et notamment Rousseau, ont fait valoir pour établir la souveraineté constituante incondi- tionnée de la nation.

Cette liberté, que jamais les individus ou les corps exerçant le pouvoir originaire n'ont songé à mettre en doute, reçut une illustration éclatante dans la manière dont l'affirmèrent les consti- tuants révolutionnaires. Lorsque les Etats généraux s'érigèrent en Constituante, l'assemblée ainsi formée ne chercha pas d'abord dans sa seule volonté souveraine le fondement du pouvoir qu'elle prétendait exercer. Elle soutint qu'elle devait sa compétence constituante au mandat qu'elle avait reçue de la nation. C'était là une argumentation fragile, car il eût fallu prouver qu'un tel mandat était valable et que l'ordre juridique de l'Ancien Régime autorisait les électeurs à le donner à leurs élus. Mais, du moins, cette idée d'invoquer "les pouvoirs qui leur avaient été confiés par les citoyens de toutes les classes" dénote la timidité première des constituants. Très vite cependant cette timidité devait faire place à une conscience plus exacte de leur situation. Lorsqu'il fut question pour l'Assemblée, non plus de légitimer son pouvoir constituant, mais de savoir comment elle en userait, les termes des mandats, souvent divergents et même contradictoires, ne lui furent plus d'aucun secours. Bien au contraire, ils paralysaient une liberté que la Constituante voulait pleine et entière; aussi, après avoir commencé par se réclamer des cahiers, elle rejeta toute idée de mandat et dénia au corps électoral le droit de donner des instructions à ses élus. Ainsi, moins de trois mois après sa réunion, l'Assemblée se reconnaissait indépendante, libre de ses choix comme des formes procédurales, telle, enfin, que droit être l'agent d'exercice du pouvoir originaire.

De cette indépendance, il résulte qu'on saurait dresser un tableau rigide des méthodes selon lesquelles procède le pouvoir constituant originaire. La manière dont il établit la constitution nouvelle est fonction des circonstances politiques et de l'idée de droit que représente le pouvoir qui s'impose. Tantôt une assemblée déjà réunie s'emparera du pouvoir constituant et fera une consti- tution: c'est ainsi qu'opéra la Constituante en 1789 et la Chambre des députés en 1830, lorsqu'elle révisa la Charte de 1814. Tantôt, au lendemain d'une révolution, le gouvernement de fait promul- guera lui-même le nouvel acte constitutionnel, comme ce fut le cas, après le 2 décembre, lorsque le prince Louis-Napoléon élabora la Constitution du 14 janvier 1852. Tantôt, encore, une guerre victorieuse ayant conduit à l'indépendance une collectivité jusqu'alors assujettie, un gouvernement provisoire organise une procédure d'établissement d'une constitution à laquelle la nation est invitée à participer, soit directement par référendum, soit indirectement par l'élection d'une assemblée constituante. Tel fut

le cas, par exemple, lorsque les Républiques de l'Amérique Latine s'affranchirent de la tutelle espagnole ou encore lorsque l'effondrement des Empires centraux, en 1918, donna naissance à des Etats nouveaux. Aujourd'hui, le procédé le plus fréquemment utilisé, du moins lorsque le renouvellement des institutions est le résultat d'une crise interne, est celui qui consiste en l'intervention d'une assemblée constituante élue sur l'initiative du gouvernement issu du coup d'Etat ou de la révolution. Ainsi furent élaborées en France les Constitutions de 1848, de 1875 et la Loi Constitutionnelle du 2 novembre 1945.

Tous ces précédents témoignent clairement de la liberté du pouvoir originaire. L'étendue de ses compétences ne dépend que de lui et c'est pourquoi, non seulement il peut, sur le plan constituant, modifier, amender les règles anciennes ou faire de toutes pièces une œuvre nouvelle, mais encore, sur le plan de l'activité gouvernementale courante, assumer d'autres fonctions étatiques et, notamment, le pouvoir législatif ordinaire. Je ne dis pas qu'il est opportun qu'il agisse ainsi, je constate simplement que sa qualité de pouvoir originaire lui en donne la possibilité." (*Traité de Science Politique*, LGDF, tome IV, pages 245 à 249, 12<sup>ème</sup> édition.)

## X

A conclusão do trabalho do Senhor Consultor-Geral, em tom discursivo, é recheada de conselhos e advertências. Eles e elas valem para que a Assembléia Nacional Constituinte tome consciência de que, por motivos de ordem política conjuntural, está em desenvolvimento uma ampla operação buscando o seu amesquinamento perante a opinião pública. É a questão da duração do mandato presidencial, é a questão do sistema de governo, é aquela referente à discriminação de rendas, são os avanços que o projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização con-signa no que diz respeito aos direitos individuais, aos direitos políticos, aos direitos sociais, à ordem econômica e à ordem social, que inspiram e estimulam esse movimento do qual o trabalho do Senhor Consultor é mais do que um manifesto: é uma senha.

Para encerrar, merece ser transcrita a parte final do parecer que, sobre as emendas de plenário, tive a oportunidade de apresentar como relator do projeto de Constituição, no dia 20 de janeiro do corrente ano:

“A Assembléia Nacional Constituinte de 1987 não se originou de ruptura da ordem jurídica. Ela se assegurou de soberania e liberdade irrestritas, em razão da manifestação popular, única

fonte legítima de poder, que se consagrou nos votos das urnas de 1986. A ruptura dar-se-á, por isso, com a promulgação da nova Constituição, quando em verdade estaremos a sair da excepcionalidade institucional para a plenitude do Estado de Direito, pois encerrado o período de transição que o gênio político brasileiro construiu como meio para se atingir a normalidade democrática. Não por outra razão, esta será uma Constituição analítica, por força da necessidade de assegurar todos os instrumentos e salvaguardas para a consecução dos objetivos políticos, sociais e econômicos do povo brasileiro.”