

# A CONSTITUINTE INSTITUÍDA\*

AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO

Desde 1964, seis governos revolucionários exerceram o poder no Brasil, segundo processo e orientações tão variadas que, não fosse a regra da escolha do Presidente da República (ou Junta Presidencial) pelas Forças Armadas, poderia cada um desses seis governos ser classificado como regime peculiar. Variações no exercício do poder de quaisquer sistemas políticos, e, até, na prática de um mesmo sistema, existem em função do dinamismo histórico de cada povo, ou da mutação das situações internacionais. Normalmente, porém, nos países que alcançaram o nível de maturidade e de experiência política do Brasil, essas variações se processam num quadro jurídico-normativo definido e estável. Pouco importam os modelos existentes nos países referidos. O fato é que, em Estados da significação política e da responsabilidade internacional do Brasil, não existe ordem política que não seja fundada em uma estrutura constitucional, identificável reconhecida pelo povo, e tal estrutura, por sua vez, baseada em uma doutrina, também indetificável e reconhecida, de direito público e de teoria do Estado. Para empregar logo a expressão muitas vezes evitada por suas distorções e ambigüidades, não há ordem política, digna deste nome, que não se encontre enraizada em uma ideologia jurídica de poder. Evitando discussões estéreis, digamos logo que a palavra ideologia é aqui empregada no sentido de sistema coerente de idéias, que sirva de instrumento à análise de uma sociedade nacional e à ação diretora e transformadora dessa sociedade, exercida através do direito constitucional.

A ordem política, pois, funda-se em um sistema de idéias, porque as idéias são fatos básicos, sobre os quais, se apóia a ação dos dirigentes de uma sociedade humana.

Há uma diferença entre a idéia como fato político e a idéia como fato científico. No mundo da natureza, a idéia conduz à ciência e à sua aplicação tecnológica, sobre as forças naturais. No mundo da sociedade a idéia conduz à política, que rege as relações humanas. Mas, assim como não há ciência sem idéias, também sem elas não haverá política.

Aqui se insere, porém, uma distinção fundamental. Enquanto as idéias científicas não condizem com nenhuma ideologia, as idéias políticas, pelo contrário, conduzem, sempre, a uma ideologia de poder. É neste sentido, repetimos, que estamos empregando a palavra ideologia sem qualquer conexão com os significados pejorativos a ele atribuídos desde a sua criação, no início do século passado, até hoje.

Nas ciências, as idéias desvendam e utilizam a realidade natural em benefício do bem comum, mas, infelizmente, muitas vezes em seu prejuízo. Na política, as idéias são o instrumento de coesão e transformação das sociedades, sempre

\* Exposição lida na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal em 26 de agosto de 1981.

em favor do bem comum. Na verdade a filosofia política desde Santo Tomás de Aquino, no século XIII, até Benedetto Croce no século XX, tem insistido em que a ação pública, que se desvia da procura do bem comum, não é ação política.

Resumindo: não pode haver política digna deste nome, em uma sociedade que conheceu a evolução da nossa, que não se apóie em um sistema coerente de idéias.

O mais surpreendente no já longo decurso do processo revolucionário brasileiro é a ausência total, em um país como o Brasil, de uma ideologia de poder, de um sistema coerente de idéias político-jurídicas, que em sentido geral e inteligível à ação dos governantes sobre os governadores. É mesmo, difícil, de explicar como um país que dispõe do acervo cultural do Brasil, visível nas realizações e nos êxitos de tantas atividades humanas, todas dependentes da potencialidade mental do seu povo e de suas elites, se mantenha, quanto à política, acorrentado às elaborações simplistas, confusas, indecisas, desconexas, sem relação com o povo e inteiramente desligadas de qualquer corpo ideológico identificável. Por que isto? Eis um mistério histórico de difícil decifração, para quem não penetra nas áreas mais fechadas do poder, nas quais se encontram, contrastantemente, mentalidades de primeiro plano. O mais provável é que essas áreas esclarecidas ainda se encontrem, em uma hora nova de definições de rumos, contidas por remanescentes de um período já transposto, enredadas anacronicamente nos receios e preconceitos de ontem, quando já raia a luz do amanhã. A abertura política tem sido como uma criança nascitura que ainda não deu seu grito inaugural de vida, porque permanece ligada à placenta do parto histórico, e, se não morreu, ainda não pode viver por si mesma.

O mais expressivo sintoma dessa estranha situação é a ausência de representatividade política do Congresso Nacional (digo representatividade política e não eleitoral), ausência que é, ao mesmo tempo, causa e efeito das condições em que se acha a política brasileira. Há um contraste flagrante, um desequilíbrio perigoso entre o rápido desaparecimento do poder autoritário, a partir de 1978, em outras palavras, entre a reconquista da liberdade, de um lado e, do outro, a marginalização do Poder Legislativo no desenvolvimento deste processo, o que lhe retira a genuinidade democrática, quer dizer, a legitimidade. As fontes eleitorais do atual Congresso brasileiro são tão autênticas quanto as de qualquer outra democracia, seus componentes, como pessoas ou como partidos, tão bons como os de qualquer outra fase imperial ou republicana da nossa história. Por isso mesmo, seu afastamento reconhecido e proclamado do processo em curso fez, do nosso, um país que marcha para a luz com os olhos vendados, pois que as básicas decisões são tomadas no escuro, e o Congresso sempre foi, na nossa história, lâmpada que iluminou o caminho.

O mais difícil de compreender é que tal ocorra em plena liberdade de crítica, discussão e debate, o que quer dizer que o povo pode saber de tudo, mas não pode participar de nada. A possível alegação de que a ausência de representatividade política do Congresso decorre da posição da maioria governista, levada a submeter-se ao Executivo para continuar maioria, depois das próximas eleições, não é realista. Simplesmente porque o apagamento do Congresso, imputável à maioria, trará, provavelmente, pelas próximas eleições, a formação de uma nova maioria, que conduza à normal participação do Congresso. O que se convencio-

nou chamar casuísmo eleitoral é o afastamento, às vezes brutal, do Congresso, de quaisquer decisões importantes; são vãs tentativas de se colher a vitória sem travar o combate.

Acontece, porém, que o que se trava não é um combate, mas, sim, uma batalha pela restauração da democracia constitucional brasileira. A tática limitativa dos pequenos combates deve ceder, aqui, ao ímpeto integrador da grande batalha. As forças que as empreendem não se mobilizam, ou não se devem mobilizar umas contra outras, senão todas contra o passado, visando o futuro. As responsabilidades não são de uns ou outros, senão de todos a favor do povo.

Os seis governos revolucionários deixaram de criar qualquer ordenamento capaz de assegurar legitimidade ao poder político. Desde a Independência, nunca o Brasil apresentou período tão dilatado de vacância de um direito político, e isto em contraste com todos os demais ramos do direito.

Em relatório redigido em março de 1978, a pedido do saudoso Senador Petrólio Portela, escrevemos:

“O conjunto de normas superiores de direito público oferece o emaranhado de duas Constituições enlaçadas, sendo que nenhuma delas em vigor, 17 atos institucionais, 9 emendas constitucionais (hoje são 13), 104 atos complementares, 32 leis constitucionais, 6 decretos-leis de conteúdo constitucional, além de outras normas subordinadas relacionadas com a matéria.”

O abandono do direito constitucional pelos governos revolucionários foi prático e teórico ou, como hoje se diz, englobou a práxis e o discurso. Nas universidades brasileiras, e falamos por experiência própria, nem os alunos se interessam pelo direito constitucional existente. E como se interessariam, se ele, na verdade, não existe? A conclusão maliciosa de que o Brasil pode viver sem direito político, é apenas uma piada, porque ele tem vivido politicamente muito mal, e, hoje, cada vez maior número de brasileiros sabe e acredita que a origem dos outros males vem, em parte, daí mesmo.

Todo direito é formado por dois elementos, um interno e outro externo. O interno é o seu conteúdo, o externo a sua autoridade. O direito constitucional da Revolução manteve o seu conteúdo negativo, e, por isto mesmo, perdeu completamente a sua autoridade. Ninguém o toma a sério como direito, nem aqueles que lhe impõem as normas, nem os que lhes sofrem os resultados, os juízes o aplicam, a administração faz o mesmo, o povo assiste mas ninguém acredita nele. Imaginemos que a mesma situação de doutrinas e de normas ocorresse no ensino da economia, das finanças, da administração pública, no das escolas militares, e teremos uma idéia do que pode ser uma realidade política do nosso país. Outra conclusão sarcástica é a de que o Brasil, desde que garantidos o discurso e a práxis econômicos, financeiros, administrativos e militares, pode viver sem política. Ela também não procede. Tal conclusão é a justificativa invariável de todas as ditaduras modernas, da extrema esquerda à extrema direita passando pelas suas apresentações indefinidas e elementares. Não há cientista político que não saiba que a tese da vida nacional liberta da política, corresponde ao fato da usurpação, por um grupo social escudado na força, de toda a política nacional. Então este grupo, qualquer que ele seja, forças armadas, partido único, burocracia, oligarquia de classe ou, nas situações que chamamos elementares, simples coesão de indivíduos, não faz outra coisa senão política, 24 horas por dia e 365 dias por ano. Apenas impede, pela força, a participação da maioria do povo.

Isso, repetimos, é observação rotineira nos estudos gerais ou especiais de sociologia política, ou de história das idéias políticas.

A realidade internacional contemporânea evidencia que a ausência do direito e ou o monopólio fechado da política não contribuem para a solução dos problemas econômicos, financeiros, sociais ou cultural de um povo. Não há grande país sem firme estrutura jurídica do poder. A URSS, antípoda da democracia, não se distingue, neste ponto. O enorme poderio industrial militar e tecnológico da URSS é fundado em bases políticas, que partem da Revolução de Outubro e — coisa que habitualmente escapa ao observador estrangeiro — em uma não menor importante base jurídica que, desde então, vem se consolidando. A axiologia jurídica e política do marxismo leninista é contrária à axiologia democrática. Mas isto não quer dizer que ela não exista.

Ainda recentemente (1979) dois ilustres mestres italianos, Biscaretti di Rúffia e Crespi Reghizzi, publicaram admirável e copioso estudo sobre a nova Constituição russa de 1977, com o subtítulo: *Sessenta anos de evolução constitucional soviética*.

No Brasil não foi um grupo ideológico que dominou o Estado, mas uma grande instituição social, as Forças Armadas, cuja participação na vida política vem do Primeiro Reinado, mas sempre se exerceu em consonância com os rumos do direito público do tempo. Nunca, a não ser a partir de 1964, as Forças Armadas sustentaram tão longo período de poder sem doutrina política e sem direito político.

No mundo democrático todos os países de maior importância sofreram a agressão de problemas graves: raciais nos EUA; raciais, religiosos, federativos e sociais na Inglaterra; federativos e culturais, na Espanha; ideológicos na Alemanha e na Itália. No entanto, a ordem jurídica e política tem absorvido essas crises com muito mais vantagem, quanto àquilo que Tomaz Jefferson chamou “a busca da felicidade” para o povo.

A situação econômica nacional e internacional repercute, naturalmente, sobre o prestígio da administração federal, mas não retira do povo a confiança nos propósitos democráticos do Presidente João Figueiredo.

Não existem motivos razoáveis de dúvida quanto à realização das eleições gerais. Quanto mais elas se aproximam, mais parecem inevitáveis, pois sua realização não é fruto de opiniões teóricas, mas resultado do interesse concreto de setores cada vez mais amplos do povo, em geral, e das entidades e instituições sociais, em particular.

Outra esperança que vai acompanhando, gradativamente, esta, das eleições de 1982, é a do restabelecimento da ordem constitucional. Hoje isto pode ser declarado como aspiração largamente majoritária. Só uma fração extremamente reduzida da sociedade brasileira se opõe, doutrinária ou politicamente, à prioridade da ordem constitucional. Esta escassa minoria se divide em dois grupos antagônicos, que nunca se unem, mas sempre atuam paralelamente: os ultra-direitistas e os ultra-esquerdistas, porque ambos, por fanatismo, ou por interesse aspiram à formação de tipos contrários de ditadura.

Uma avaliação ponderada da realidade indica que esses afirmadores da negação podem perturbar, mas nunca impedir a marcha da história, e cumprir assina-

lar que em tal marcha a presença do Congresso Nacional é elemento de primeira grandeza, ao lado da firme determinação do Presidente da República.

Não passa de uma tautologia o dizer-se que não existe democracia sem constituição democrática. Desejamos somente acentuar que o Presidente Figueiredo, cuja liderança no curso da restauração democrática encontra apoio nacional, quaisquer que sejam as divergências existentes quanto ao seu governo, será levado, pelo próprio dinamismo do movimento que lidera, a incorporar, à chamada “abertura”, o processo de reconstitucionalização. O Brasil não poderá continuar incluído no grupo de países sem regime político definido juridicamente, porque esta situação corresponde a sociedades atingidas por profundas enfermidades sociológicas e culturais, o que não representa, sem dúvida nenhuma, o caso brasileiro.

A permanência do atual estado de indefinição jurídica, estado placentário, como dissemos há pouco, é que pode levar, mais cedo de que talvez se pense, a sociedade brasileira a quadros patológicos, dos quais ela não apresenta sintomas preocupantes, como ocorre, infelizmente, em países líderes da civilização.

Outro mito-pretexo destinado a obstar a restauração jurídica é o da alegada crise econômica. Esta entidade indefinida, a crise, é hoje estudada por juristas, sociólogos e historiadores, e identificada como elemento da mitologia ditatorial. A convivência com vários tipos de crise é inseparável da história humana. Mas nunca se provou que o uso da força eliminasse as crises. Ao contrário, ele a esconde, como a anestesia esconde a dor. O que se observa é que o poder sem lei tende a agravar as crises, e não precisamos sair da América do Sul para afirmá-lo. Problemas raciais, religiosos, federativos e ideológicos, e, até, lingüísticos, atormentam os EUA, a Inglaterra, a Alemanha, a Itália, a Espanha e deram crises às vezes graves, desconhecidas entre nós. No Brasil os problemas econômico-sociais são muito graves, mas não correspondem a uma peculiaridade nacional, pois são comuns a todo o Terceiro Mundo, inclusive aos países ricos nele existentes. A quase totalidade desse Terceiro Mundo — com a exceção, talvez, da Índia, regida pela admirável Constituição democrática de 1950, reformada em 1976 — vive em regimes ditatoriais. Esses países, ricos e pobres, são como grandes nódoas políticas. E não existe um só deles na qual a ausência de uma Constituição civilizada tenha contribuído para a solução dos problemas econômico-sociais. Acontece que o Brasil não é uma nódoa política. Em 159 anos de vida independente conhecemos apenas 30 de governos autoritários e ditatoriais.

Com exceção dos EUA, não existe, na América, nenhum outro país cuja vida tenha conhecido tanto tempo de legitimidade democrática, em comparação com as fases vividas fora dela. Este é um elemento indiscutível e positivo de nossa formação histórica. Nunca tivemos, como os países de língua espanhola, a tradição do autêntico poder pessoal, porque este é o monopólio do arbítrio por uma pessoa, e não a concentração do poder em uma instituição, ainda que personalizada.

Durante o Império, principalmente no Segundo Reinado, combateu o pretenso poder pessoal do Imperador, mas ele não existia, porque pessoa do Imperador

era uma instituição constitucional. A Constituição imperial, de 5 de março de 1824, outorgada pelo Imperador, Pedro I declarava: “A pessoa do Imperador é inviolável e sagrada. Ele não está sujeito a responsabilidade alguma.” Este texto, na primeira parte, era tradução da Constituição francesa de 1814, outorgada pelo Rei Luís XVIII, que dizia: “A pessoa do Rei é inviolável e sagrada.” A diferença entre as duas constituições estava na segunda parte dos artigos citados. A francesa declarava: “Todos os atos do governo são referendados pelos ministros.”

Isto copiava o sistema inglês; a irresponsabilidade real era coberta pela responsabilidade do Ministério.

No Brasil a Constituição dispunha: “Ele (o Imperador) não está sujeito a responsabilidade alguma.” Era o Poder Moderador que nunca permitiu o verdadeiro regime parlamentar. Mas, na verdade, o poder enorme do Imperador não era pessoal: era legal.

Na República houve ditaduras, mas a única pessoal foi a de Getúlio Vargas. O militarismo republicano foi quase sempre ditador à exceção dos presidentes Hermes da Fonseca e Eurico Dutra, mas nunca pessoal, porque o poder pessoal se caracteriza pela sua indeterminação cronológica, à maneira de Hitler, Mussolini, Franco, Salazar. No Brasil, as ditaduras militares sempre transmitiram o poder, nos prazos fixados, ou antes dele. Na linguagem do General Lott, funcionaram “nos quadros do direito constitucional vigente”.

Hoje são as Forças Armadas que proclamam o fim da ditadura, pela voz do seu chefe supremo, o Presidente da República, reiteradamente apoiado por comandantes das três armas. A ditadura terminou politicamente, mas a democracia só se consolidará, juridicamente, com uma nova Constituição.

O povo, isto é, o eleitorado, vai enviar a Brasília, no próximo ano, os representantes legítimos da soberania nacional. Mas que vão eles fazer na Capital Federal, a não ser construir o edifício constitucional naquele planalto, que oferece, hoje, o maior vazio político da nossa história? Como poderá o próximo Congresso, ressurrecto pelo batismo eleitoral, continuar nas mesquinhas construções provisórias, que são esses expedientes legislativos imediatistas, desprovidos de qualquer orientação duradoura? Brasília é um contraste doloroso. O poder administrativo e burocrático, civil e militar, se assenta em instituições tão amplas, belas e fortes como seus palácios. O poder político, materialmente, tem o maior palácio, mas, funcionalmente, se encolhe em instituições que são como as sombras.

Ao termo do século e meio de tradição parlamentar, o futuro Congresso, ou se desmoraliza historicamente, ou levanta o edifício nacional da Constituição Federal, no espaço político vazio. Em lugar da vacância legal, a Arca da Aliança Nacional, o simples e sóbrio monumento de reunião do povo, na manifestação de seus anseios de renovação e conservação, de desenvolvimento econômico e progresso social, de ordem e justiça. A permanente busca do bem comum, o incessante amanhecer do futuro. Nada poderá deter o Congresso nessa tarefa, e o Poder Executivo terá de colaborar com ela, para coroamento do seu mandato, cujo fim precede ao da legislatura.

O congresso vai, fatalmente, funcionar como Constituinte, não originária mas instituída, porque a Constituinte originária resultaria de convocação de uma Assembléia, e esta convocação, ou seria feita pelo Governo atual, ou pela derru-

bada deste Governo por uma revolução. A convocação pelo Governo só depende dele, mas nada indica que a faça, pelo menos agora. O Poder Executivo, hesitante sobre as urgentes alternativas políticas decide, invariavelmente, não tomar nenhuma. Quanto à hipótese da revolução, além de impossível, seria desastrosa para o Brasil.

A oposição fala, sempre, em convocação de uma Constituinte livre e soberana, quer dizer originária, ou seja, destinada a preencher uma vacância de poder, mas não explica nunca como isto se fará. Na verdade, ninguém acredita, nem deseja tal coisa. Para começo de conversa, no Brasil nunca houve uma Constituinte originária, ou “livre e soberana”, como apregoam ilustres líderes da Oposição. Todas elas foram derivadas do Poder Executivo preexistente. Acompanhemos, rapidamente, os fatos.

No dia 2 de junho de 1822, portanto antes da Independência, o Príncipe D. Pedro declarava “ter-se manifestado sobremaneira a vontade dos povos de que haja uma Assembléia-Geral Constituinte (...) como foi comunicado pelas Câmaras (Municipais)”. No dia seguinte D. Pedro convocou, por decreto, a Assembléia eleita em todo o Império, que se reuniu a 3 de maio de 1823, encontrando o regime monárquico estabelecido, com o Imperador aclamado e coroado. A Assembléia aceitou, obviamente, a legitimidade do poder existente, embora consciente de sua liberdade de organizar o poder futuro.

O confronto entre a Assembléia e a Coroa, que desfechou na dissolução, resultou da falta de competência das duas partes na execução desse equilíbrio, dessa lei política que provinha, como disse Montesquieu, da natureza das coisas.

A 15 de novembro de 1889, proclamada a República, o decreto da instituição do Governo Provisório já assumia a convocação da Constituinte. A 3 de dezembro, o mesmo Governo constituiu a comissão redatora do anteprojeto de Constituição, que lhe foi entregue a 24 de maio de 1890. A 22 de junho o Governo expediu decreto convocando a Constituinte, que foi eleita, reuniu-se, e funcionou livremente, reconhecendo o Executivo existente, como no Império.

Com a Revolução de 1930, o segundo Governo provisório republicano convocou a terceira Constituinte, por decreto de 14 de maio de 1932, e fixou as eleições para maio de 1933, e a Assembléia reuniu-se a 15 de novembro. Sem demora confirmou o Executivo existente, com a eleição de Getúlio Vargas para a presidência da República. A Constituição só foi promulgada a 16 de julho de 1934.

Em 1945 o fim da guerra liquidou o Estado Novo. Vargas foi levado a expedir a Lei Constitucional n.º 9, que convocava a Assembléia Constituinte. Vargas tentou manter-se com a nova Constituinte, mas foi deposto pelas Forças Armadas, a 29 de outubro. O Presidente Linhares representava o poder anterior, cuja forte expressão era o General Eurico Dutra. Este elegeu-se presidente a 2 de dezembro, e a Constituição só foi promulgada a 18 de setembro de 1946.

O exemplo mais recente da Constituinte instituída foi dado pelo Presidente Castelo Branco, na sua mensagem ao Congresso Nacional, de 12 de dezembro de 1966, com a qual enviou um anteprojeto completo de Constituição.

Resumindo: Em 1823, 1889, 1934 e 1946, na vacância do Poder Legislativo, o Executivo convocou e fez eleger a Assembléia Constituinte. Em 1966, na vigên-

cia do Legislativo, o Executivo transformou o Congresso em Constituinte. Nunca houve, portanto, no Brasil, uma Constituinte originária. Todas foram instituídas pelo Poder Executivo.

A situação do Brasil se resolverá, pois, e só se resolverá, por meio de uma Assembléia Constituinte instituída. Quem a promoverá? Não podemos afirmar que o Executivo o faça, mas podemos afirmar que o Legislativo o pode fazer. Todos os precedentes anteriores comprovam que o Executivo, quando se tornou necessário, deu solução ao problema, não em seguimento de um texto legal ou constitucional vigente, mas como oportuna decisão política, destinada a restabelecer a ordem jurídica. É isto, exatamente, o que agora se impõe: 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 desejar. Política porque não abala o estado de direito existente. É a única saída histórica 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 disto.

A proposta que trazemos ao Congresso, em obediência à honrosa convocação do seu ilustre Presidente, meu eminente amigo Senador Jarbas Passarinho, é uma fórmula a ser considerada, entre outras possíveis, e, talvez, melhores. Proponho a outorga de poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional, a ser eleito em 15 de novembro de 1982. A concessão desses poderes constituintes, é, a meu ver, a melhor solução, e mesmo a única, em termos jurídicos, para o restabelecimento indispensável da ordem constitucional. A forma de sua concessão pode variar. Apresentamos a que nos parece melhor. Vamos justificá-la, com a possível brevidade, salientando os seus aspectos principais.

O primeiro deles é de que se trata de poderes constituintes instituídos por um poder anterior existente. Isto corresponde, já vimos, à invariável tradição brasileira. A diferença, agora, é a de que o poder instituinte originário seria o Legislativo, quando em todas as outras vezes foi o Executivo. Mas em nenhuma ocasião o Executivo, poder originário instituinte, atuou no desempenho de uma obrigação normativa. Sempre procedeu por extensão de suas atribuições inerentes, decidindo em caráter político, para atender a uma emergência política nacional. Se o Executivo sempre agiu desta forma — e, ainda hoje, estaria em condições de fazê-lo, com aplauso geral, se o desejasse — por que motivo o Legislativo não poderá proceder da mesma maneira? Quem se oporia? Por que se oporia? Com que autoridade jurídica e com que conveniência política se oporia? Qual a alternativa válida e convincente ofereceria? São perguntas sem respostas.

Em termos especiais, seria uma solução original, uma solução brasileira, para o caso brasileiro. Mas isto não é um defeito, antes pelo contrário. Em termos gerais seria um procedimento inatacável, tanto sob o aspecto político, quanto sob o jurídico.

Politicamente não haveria confronto entre os poderes constituídos e atribuídos e o poder revolucionário existente. Eles coexistiriam cronologicamente, o primeiro erigindo o Estado de direito futuro, o segundo mantendo o estado de direito anterior, até a entrada em funcionamento daquele. Em outras palavras: a Revolução se liquidaria juridicamente, e não revolucionariamente. Haverá alguém que conteste, com fundamentos, as vantagens políticas deste processo?

Juridicamente ele será, também, inatacável. Corresponde às Nações, reconhecidas pelos mestres de direito público, entre continuidade jurídica e continuidade legal.

A futura Constituição estabelecerá a forma jurídica do Estado brasileiro a partir de sua entrada em vigor, mas, até então, manterá a continuidade legal revolucionária, permitindo, inclusive, sua evolução interna. Mais adiante voltaremos a este ponto do direito intertemporal.

Quanto aos *modus faciendi* da nossa proposta, seria ele um projeto de resolução legislativa, aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional. Reconhecemos a importância das dúvidas e impugnações que esta idéia suscita. Sem prevenções declaramos que aceitamos qualquer outra forma que atinja os mesmos resultados, apenas nos permitimos insistir na oportunidade da que sugerimos. Vamos por partes.

Desde logo, enfatizamos a superioridade do poder constituinte sobre o poder de emenda ou reforma da Constituição. O que existe, agora, em matéria de Constituição vigente é, como indicamos, extremamente precário, informe, carente de autoridade e legitimidade. Portanto, não carece de emenda nem de reforma. Pode-se argüir que o poder de reforma vai até à elaboração de um novo texto. É certo, mas não bastante.

Para elaborarmos um novo texto através do poder de emenda, teremos de nos prender ao formalismo do texto existente, portanto a submeter a ação do futuro Congresso aos rigores da lei constitucional escrita, por pior que ela seja, como é. Em outras palavras, pelo poder de emenda, o trabalho da futura Constituição terá os entraves do processo constitucional inflexível; pelo poder constituinte o trabalho terá a flexibilidade das normas regimentais. Não precisamos insistir nas desigualdades intrínsecas e extrínsecas entre as duas tentativas.

Por outro lado, a autoridade da futura Constituição e sua legitimidade política serão imensamente maiores se ela vier de um órgão que trouxe consigo o mandato constituinte especial, concedido pelos eleitores.

Este mandato especial não é somente da tradição do direito constitucional geral, ele é, como se sabe, da tradição do direito constitucional brasileiro. Vale recordar que é da nossa primeira tradição, pois na grande Constituição do Império, o poder de emenda não era inerente à legislatura existente, mas concedido especialmente à legislatura posterior. Em 1891, 1934 e 1946, os órgãos constituintes traziam mandato especial, conferido pelo sufrágio popular, e todos três continuaram a funcionar como Legislativo ordinário, depois de promulgadas as respectivas Constituições. É esta salutar tradição das três melhores Constituições republicanas, que se impõe renovar.

Voltando à idéia da resolução legislativa, convém assinalar que a solução seria principalmente política, mas se revestiria de forma jurídica, o que lhe acrescentaria em valor e prestígio.

Recordemos, por outro lado, que o Poder Legislativo brasileiro tomou decisões políticas, constantes de verdadeiras resoluções, às vezes com rigor formal, outras vezes sem ele, que decidiram favoravelmente perigosas situações históricas. Não faremos mais do que simples remissões a cada caso.

O Ato Adicional de 12 de agosto de 1834 foi a grande lei que deu forma definitiva à Constituição do Império. Foi ele precedido pela lei de 12 de outubro de 1832, que, nos termos da mesma Constituição, determinava os pontos e os limites da reforma. Tanto a lei de 1832, quanto o Ato de 1834 encontraram sérias dificuldades, em virtude de divergências entre a Câmara e o Senado, e de dúvidas sobre a competência de cada uma das Casas. A questão de competência do Senado era difícil, e levou a sérios riscos de um golpe de Estado parlamentar, com a transformação da Câmara em Assembléia Nacional e a adoção de uma Constituição revolucionária. O risco foi afastado pela moderação e sabedoria do Legislativo. A Câmara compôs-se com o Senado para o acerto do texto da Lei de 1832, e o Senado concordou com exclusividade da Câmara na redação do Ato de 1834. Quanto a este ponto, é muito instrutivo o seguinte trecho de um discurso do Senador Paula Sousa, da Província de São Paulo, membro da comissão do Senado: “Quanto à matéria, é voto dos abaixo assinados que o Senado, *sem entrar no exame da legalidade, encarando somente a questão pelo lado político*, declara que adere às reformas”.

A maioria de Pedro II foi outra resolução do Legislativo, que resolveu a grave situação política em que se encontrava o país, extinguindo o governo regencial, impopular e gasto, e inaugurando antecipadamente o Segundo Reinado. Ao contrário do Ato Adicional que, embora com transtornos, percorreu o processo legislativo, a maioria foi uma resolução exclusivamente política, assumida pela Câmara e pelo Senado, contra a vontade do Chefe do Executivo, Regente Araújo Lima, futuro Marquês de Olinda. A Regência Una, que tão grandes serviços havia prestado ao Brasil desde o Ato Adicional, era, apesar da unidade de comando, um governo de partido, numa época em que não se estabelecera a relativa normalidade do sistema parlamentar, a que depois atingimos. O Primeiro Regente uno, Diogo Feijó, liberal, passara o governo a Araújo Lima, em 1837, porque não sabia separar bem suas funções de chefe de Estado das de chefe do Governo. A mesma coisa se pode dizer de Araújo Lima. Assim, a Regência, que venceu as rebeliões políticas e sociais do Norte ao Sul do Brasil, não conseguira, por falta de experiência do Governo Parlamentar, a estabilidade política, no centro do poder. Entre 1835 a 1840 sucederam-se sete Gabinetes, quatro liberais e três conservadores. Desde 1835, de resto, já se discutia, no Parlamento, a conveniência de se unir a chefia do Estado, fosse pela regência da Princesa Januária, que atingira à idade de 18 anos, prevista na Constituição, fosse pela antecipação da maioria de D. Pedro, não prevista na lei superior. Foi esta a solução que prevaleceu através da resolução parlamentar das duas Casas, resolução de caráter político, tomada à margem da letra da Lei Magna, mas correspondente ao seu espírito, pois tranquilizava o país e declarava antecipadamente o funcionamento da instituição que era a pessoa do Imperador.

A Constituição republicana de 1891, nas Disposições Transitórias, determinava que os primeiros Presidente e Vice-Presidente da República seriam eleitos indiretamente pela própria Constituinte, transformada em Assembléia Geral, em votações separadas. Deodoro foi eleito com maioria de 50 votos sobre Prudente de Moraes, mas seu companheiro de chapa, Almirante Wandenkolk foi derrotado por Floriano Peixoto, na eleição para Vice-Presidente, por diferença de 100 votos. A eleição de Floriano despertou, desde logo, forte reação contra Deodoro e o seu partido. Em novembro de 1891, Deodoro, em luta aberta contra o Congresso, dissolveu-o inconstitucionalmente, mas o Congresso reagiu, quase unanimemente, contra a dissolução, em enérgico manifesto. Criado o impasse, Deodoro

é levado à renúncia, e Floriano o sucede na chefia do Governo. Aparece, então, o problema da eleição presidencial, pois o artigo 42 da Constituição determinava: "Se, no caso de vaga, por qualquer causa, do Presidente ou Vice-Presidente, não houver ainda decorrido dois anos do período presidencial, proceder-se-á a nova eleição." Deodoro se elegera para a presidência e a ela renunciara em menos de um ano. Pelo texto vigente, era claro que, para sua vaga, deveria haver eleição, da mesma forma que haveria para o posto de Vice-Presidente, caso fosse Floriano o renunciante. Mas, remover Floriano do poder supremo era uma decisão política delicada e arriscada. Lançaria o Brasil na ditadura ou na guerra civil. A permanência de Floriano, sem eleição de novo Presidente, passou a ser contestada pela oposição civil e militar. Esta se manifestou pelo chamado manifesto dos 13 generais, logo reformados por Floriano. A ilegitimidade do poder presidencial florianista foi aumentando a agitação, que exigia o estado de sítio, prisões e fugas de intelectuais para Minas. Mas o Congresso deu a solução jurídica ao problema político, através da resolução, em forma de parecer, que reconhecia o mandato do Presidente em exercício, até 15 de novembro de 1894, sob o argumento de que, pela Disposição Transitoria referida, ele havia sido eleito, juntamente com Deodoro, por votação especial indireta, para um período comum, e não estaria sujeito às regras das eleições normais. Solução sábia e moderada, ao mesmo tempo política e jurídica. Se tivesse prevalecido nos meios políticos teria evitado os sofrimentos da guerra civil, que assolou o Brasil até o governo de Prudente de Moraes. Em resumo: Floriano só enveredou para a ditadura porque o Congresso não foi obedecido pelas forças civis e militares que a ele se opunham.

A 11 de novembro de 1955 o Congresso Nacional salvou o país da ditadura militar, por via de um impedimento votado ao arrepio da Constituição. Os fatos, em resumo, foram os seguintes: a 1 de novembro daquele ano o Coronel Jurandir Mamede proferiu discurso no enterro do General Canrobert, considerado pelo Ministro da Guerra, General Lott, um desafio à sua autoridade. Mamede, então servindo na Escola Superior de Guerra, estava fora da jurisdição direta de Lott. Este submeteu o assunto ao Presidente Café Filho, que foi concomitantemente licenciado por motivo de saúde. O Presidente da Câmara, Carlos Luz, submeteu a matéria ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, ao Comandante da Escola Superior de Guerra e ao Procurador-Geral da República, que, em conjunto, entenderam não ser caso de punição para o Coronel Mamede. O Ministro Lott pediu demissão, sendo substituído pelo General Fiuza de Castro. Antes da posse deste, na madrugada de 11 de novembro, o General Lott, que se aliara ao grupo civil afastado do poder pela morte de Vargas, deslocou forças que ocuparam a cidade, depondo o Presidente Luz, que se refugiou, com alguns auxiliares, no cruzador Tamandaré.

Líder da UDN tivemos, naquele dia, duas conversas francas, a primeira com Nereu Ramos, que nos chamou ao seu gabinete, antes da sessão, para expor a situação em que se encontrava, e que se resumia em assumir o poder para evitar a ditadura. A outra conversa foi com Gustavo Capanema, líder do PSD, que nos pôs ao corrente do seu projeto de impedimento do Presidente Café Filho e do eventual substituto Carlos Luz. Dissemos-lhe, então que, como líder da Minoria, combateríamos frontalmente a solução da tribuna, o que fizemos, mas que a aceitávamos como única saída política no momento. No discurso feito em homenagem a Nereu Ramos, quando de sua morte, referimos o fato, que relatamos, mais pormenorizadamente, no nosso livro *A alma do tempo*.

Eis a resolução da Câmara, aprovada pelo Senado: "A Câmara dos Deputados, tomando conhecimento dos graves acontecimentos que, desde ontem, se desen-

volvem no país e *considerando a situação de fato pelos mesmos criada*, reconhece a existência do impedimento previsto no art. 79 § 1.º da Constituição Federal, para cuja solução o mesmo dispositivo prevê o chamamento do Vice-Presidente do Senado Federal ao exercício da Presidência da República.” Esta resolução dava forma jurídica a uma decisão puramente política. Citava a lei, mas acentuava que a aplicava considerando a situação de fato criada pelos acontecimentos.

Outra recente intervenção do Legislativo brasileiro, seguramente, a mais importante, pela forma e pelas conseqüências, em toda a sua vida no Império e na República, foi a implantação do regime parlamentar, em 1961, em seguimento à renúncia do Presidente Jânio Quadros, e para assegurar a posse ameaçada do Presidente João Goulart. O veto militar a essa posse seria intransponível, se não fosse a rápida e admirável reunião de todas as correntes do Congresso, em torno da solução parlamentarista, adotada sem qualquer violação constitucional pela Emenda Constitucional n.º 4, de 2 de setembro de 1961, chamada Ato Adicional.

O Ato Adicional de 1961 previa a organização do Governo de Gabinete por uma lei complementar, aprovada por maioria absoluta. Previa o Ato que esta lei disporia sobre a realização de um *plebiscito* confirmatório do sistema parlamentar, plebiscito a ser realizado 9 meses antes do fim do mandato do Presidente Goulart. Acontece que o Presidente e todo o seu grupo político nunca aplicaram a sério o sistema e só tinham interesse em sabotá-lo. Foi-se formando enorme pressão parlamentar, militar, sindical e de meios de comunicação, que criou clima agitado no país, com manifestações que pareciam conduzir à luta civil, diante de uma opinião desinformada sobre o parlamentarismo e conduzida por agitações orquestradas. Mais uma vez a moderação do Congresso afastou a crise iminente. Aceitando uma iniciativa do PSD, que cobria os desejos do PTB, o Congresso foi levado a votar a lei complementar n.º 2, de 16-9-62, cujo artigo 2.º submetia o Ato Adicional a “*referendum* popular”, no dia 6-1-63. Assim contornou-se a emenda parlamentar convocando-se um referendo em vez de um plebiscito, que eram a mesma coisa.

O último exemplo da ação moderadora do Legislativo foi a emenda que prorrogou o mandato do Presidente Castelo Branco. Este terminaria em 31-1-66, e a emenda prorrogou-o até 15-3-67. O eminente Senador Luís Viana, na sua biografia de Castelo, relata, perfeitamente, a matéria. O Presidente opunha-se à prorrogação, mas o Congresso levou-o avante, pela sua evidente necessidade. Castelo Branco tornara-se o único elemento capaz de aplacar a onda de radicalismo nascido da ação de um dos líderes civis da Revolução, o impetuoso Carlos Lacerda, que, aspirando ao poder presidencial, pretendia chegar a ele por um processo de agitação revolucionária. Sempre resistente à idéia de prorrogação, Castelo aceitou-a, por verdadeira imposição do Congresso. A emenda foi redigida por um grupo de três senadores, Daniel Krieger, João Agripino e Afonso Arinos, e aprovada em 22-7-64. Para mostrar a liberdade e a conscientização do Congresso, basta lembrar que a Emenda Constitucional n.º 9 passou por 205 votos contra 96, portanto com 109 votos de maioria.

Este elenco expressivo de exemplos de Resoluções Legislativas é indiscutível para qualquer pessoa de boa-fé. A Resolução Legislativa, sob várias formas, sempre funcionou no Brasil, e sempre com o mais alto espírito e os melhores resultados.

Poderíamos ajuntar uma dissertação jurídica sobre a natureza e a evolução das Resoluções Legislativas, tanto nos EUA quanto no Brasil. Mas tal esforço viria

alongar demasiadamente esta leitura. Os juristas do Senado e da Câmara, bem como os técnicos dos seus serviços administrativos, são altamente competentes e autorizados para a tarefa, caso se torne necessária para a implementação da decisão política. De qualquer forma, colocamos à disposição do Congresso Nacional nossos desvaliosos recursos para assessorá-lo, se for considerado conveniente.

Procuraremos, agora, rebater, antecipadamente, uma possível argüição de inconstitucionalidade da Resolução Legislativa do Congresso. Para nós, a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer do assunto, esbarraria no caráter não-judicial da matéria, por ser exclusivamente política. Ninguém, no Brasil, versou melhor este ponto do que Rui Barbosa. O maior constitucionalista brasileiro desenvolve seu raciocínio de forma que vamos resumir fielmente. Lembra que, desde a fundação, por Marshall, da revisão judicial dos atos do Congresso, “ficou reconhecido existir (...) uma região impenetrável à autoridade da Justiça: a região política”. Rui Barbosa explica que a matéria é política quando se trata do exercício próprio de um Poder Constitucional, considerado na sua conveniência oportunidade, exercício que não traga qualquer prejuízo a direitos e garantias individuais. “Neste caso (e estas são palavras de Rui) a questão é política porque seus elementos de apreciação pertencem *intrinsecamente* à função conferida, e a ingerência de outro Poder a anularia *intrinsecamente*.” Em tal caso, insiste Rui Barbosa, a decisão da Justiça interferiria na região política “porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a um a autoridade soberana de cassação sobre os atos dos outros”.

Aplicando a doutrina ao fato, veremos que a Resolução Legislativa proposta não agride qualquer direito ou garantia individual, que a conveniência e a oportunidade dos seus objetivos são óbvias, e que sua apreciação pertence intrinsecamente à função do Congresso Nacional, poder unicamente competente para dar uma Constituição ao país, nesta fase de vacância constitucional. O Judiciário, se interviesse, estaria tomando a responsabilidade, como diz Rui, de cassar um ato político do Congresso com imprevisíveis conseqüências para a ordem pública, pois seria condenar o Brasil a permanecer indefinidamente no caos político.

A opinião de Rui Barbosa, que vimos de comentar, é do livro *Atos institucionais* (1892). Correspondia à doutrina americana vigente, como ele diz, desde 1803 (doutrina proveniente, aliás, da jurisprudência inglesa, desde o século XVII), e seguida pelos tribunais e pelos autores. Hoje ela não varia. O mais renomado autor contemporâneo de Direito Constitucional, nos EUA, Prof. Bernard Schwarz, a mantém em toda plenitude, ainda que reconheça, na introdução ao seu livro *Os poderes do Governo*, que “a evolução da Constituição reflete a evolução da própria sociedade.” Schwarz cita o julgado da Suprema Corte no caso *Baker versus Carr*, no ano de 1962. Vejam os senhores congressistas como a matéria se aplica como uma luva à situação brasileira: “Na superfície de qualquer causa que se considera que implica uma questão política, aparece proeminente e textualmente demonstrável uma matéria confiada constitucionalmente a um poder político coordenado; ou a uma falta de normas juridicamente distin-

guíveis e manejáveis para resolvê-la; ou a impossibilidade de decidir sem uma inicial resolução política de natureza claramente reservada à discricção não-judicial; ou à impossibilidade de um tribunal pronunciar uma decisão independente, sem expressar falta do respeito devido aos poderes coordenados do Governo.”

Transportemos este julgado da Suprema Corte americana, que ilumina com novos aspectos a velha doutrina do direito, e apliquemo-lo à situação brasileira e à proposta de Resolução Legislativa.

1. A feitura da indispensável Constituição brasileira é matéria confiada constitucionalmente ao Poder Legislativo, ao seu poder constituinte.
2. Há uma evidente falta de normas juridicamente distinguíveis e manejáveis para resolver o problema da Constituinte.
3. É impossível decidir este assunto sem a inicial resolução política, de natureza claramente reservada à discricção não-judicial. Seria, precisamente, a Resolução Legislativa.
4. É impossível ao Supremo Tribunal pronunciar uma decisão independente sem faltar o respeito devido ao Poder Legislativo.

A fórmula proposta prevê um espaço cronológico, que não pode ser fixado exatamente, entre a promulgação da futura Constituição, pelo Congresso Constituinte, e a entrada em vigor da mesma, que ocorrerá no fim do mandato do Presidente Figueiredo. Este período seria, no máximo, de dois anos. Formalmente, não há nenhuma dificuldade nisto, e a questão seria resolvida por uma simples Disposição Transitória, acrescentada ao texto constitucional.

Também politicamente, juridicamente e historicamente a solução seria perfeita.

Politicamente porque, como já referimos, não há outra alternativa. O mandato do Presidente Figueiredo não seria diminuído, nem suprimido. Seus poderes seriam respeitados. A estrutura geral da administração igualmente mantida, o que permitiria o prosseguimento dos seus programas de governo, quaisquer que eles sejam. Juridicamente, não há argumentos válidos contra ela. Nossa proposta poderá ser recusada politicamente, mas não contestada juridicamente.

Historicamente ela encontra admirável exemplo na Constituição dos Estados Unidos da América, modelo de todas as Constituições escritas do mundo, especialmente das nossas Constituições, no Império e na República.

Como é sabido, a primeira Constituição americana foi redigida pelo Congresso Continental, reunido em Filadélfia a 10 de maio de 1775, o qual, a 15 de novembro de 1777, adotou os chamados Artigos de Confederação. Estes Artigos de Confederação fracassaram completamente, deixando o país na maior confusão política, a ponto de um amigo de Madison escrever-lhe, em março de 1786, que os EUA estavam se tornando “uma das nações mais desprezíveis da face da Terra”. Mas o Congresso Continental, em breve, resolveria o impasse histórico. No dia 21 de fevereiro de 1787, o Congresso, sem poderes especiais para tanto, aprovou uma Resolução — note-se bem, uma Resolução — pela qual se “reuniria em Filadélfia uma Convenção na segunda-feira do próximo mês de maio, para considerar a situação dos EUA e projetar cláusulas que lhes pareçam necessárias para tornar a Constituição do Governo Federal adequada às exigências da União”. Foi esta Resolução do Congresso Continental que tornou possível a Constituinte de Filadélfia, reunida a 4 de julho de 1787. A 23 de setembro do mesmo ano, a

Constituinte reunida pela Resolução do Congresso, votou o texto da Constituição. Este texto foi submetido à aprovação das Assembléias dos Estados. A nova Constituição, embora votada pela Constituinte, atravessou longo processo de ratificação pelos Estados, de dezembro de 1787 a maio de 1790, portanto mais de dois anos.

Resumindo, o Congresso dos EUA, por via de Resolução do Congresso, investiu a Convenção de Filadélfia de poderes constituintes, e a Constituição votada pela Convenção de Filadélfia só entrou em vigor mais de dois anos depois.

Senhores congressistas, justificada a proposta que vos submeto, só me resta agradecer profundamente, ao ilustre Presidente do Congresso, pelo convite que me fez, e a Vossas Excelências, pela atenção que me dispensaram.