

A CONSTITUINTE POSSÍVEL

a) *Preliminares*

Seria tarefa estafante e até pretensiosa, enumerarmos o elenco das prioridades nacionais.

Tudo passou de hora para outra a ser considerado prioritário; é que os problemas evoluíram, agravando-se, principalmente pela gigantesca dívida externa e pela ausência das medidas que deveriam ser prioritárias realmente. Inexiste um plano global de desenvolvimento onde apareçam as metas prioritárias para serem seguidas.

O Governo tentou grandes empreitadas de prioridades discutíveis, e sem o devido planejamento. Enfatizou determinadas áreas em detrimento de outras. Temos o exemplo do gigantesco plano nuclear responsável primeiro pela dívida externa e os poucos recursos à educação, sobretudo a de 1º grau. A obrigação de o Estado Brasileiro prestar ensino primário (art. 176, § 3º, II da Constituição Federal) não vem sendo cumprida como deveria. Não há o cumprimento de normas que deveriam receber cabal acolhimento pelo Estado.

Em excelente entrevista concedida ao jornal "O ESTADO", o jurista Raymundo Faoro, numa de suas respostas, sentenciou: "*Falta ao sistema uma vontade democrática de cumprir a Lei*".⁽¹⁾

NEWTON FERNANDES
BRÜGGEMANN
PROFESSOR DA UFSC

(1) *Jornal "O ESTADO"*, de Florianópolis, Edição Especial, 12.

Este não cumprimento, esta falta de atenção para com as normas de Direito Público, é em decorrência da significativa e desastrosa ausência deste mesmo Direito. Existe nele de há muito uma vacância. Vivemos sem doutrina política e, por conseqüência, sem Direito Público.

O desinteresse e o desconhecimento pelo Direito Constitucional são fatos constatáveis advindo preocupação: mesmo porque não se pode dispensar atenção a um fato inexistente. Por isso o Direito Constitucional não existe. E isto é gravíssimo!

O que existe é uma Constituição desatualizada, outorgada pela efêmera Junta Militar de 1969, contendo 23 Emendas tratando de temas que poderiam alguns deles ser disciplinados por lei ordinária.

Uma Constituição que se ocupe apenas da organização do Estado com suas implicações institucionais, tende a ser respeitada e a vigor por longo tempo.

E, por não presenciarmos uma situação de melhores horizontes onde o Estado Brasileiro possa porque precisa urgentemente passar a ser regido por normas estáveis que atendam as prementes necessidades do País, é que preconizamos a existência de uma nova Constituição que seja realista, coerente com as demandas nacionais para que possa ser cumprida, e emanada dos caminhos competentes para ser legítima.

Esta longa camingada só pode se dar através da Assembléia Nacional Constituinte, órgão supremo a quem compete esta ingente tarefa.

A Constituição escrita teve seu aparecimento no século XVIII, em busca da disciplinação do exercício do poder político e a garantia dos direitos individuais, como a liberdade e a igualdade de todos perante a lei, nos Estados absolutistas.

Contudo, não é apenas com sua simples existência que todos estes problemas e mais a justiça social estariam resolvidos, ela, a nova e realista Constituição é o instrumento, o caminho para essas soluções.

No entanto, todos os Estados, independente da orientação política de seus governantes ou do grau de liberdade ou de participação política de seu povo, adotam uma Constituição.

Dotar o Estado Brasileiro de uma Constituição com aqueles predicados passou a ser a prioridade das prioridades, para implantação definitiva de uma sociedade democrática e justa.

Sobre o tema disse Raymundo Faoro na mesma fonte já citada: *"Não basta uma Constituição, pois é necessário que essa Assembleia traga ao Brasil uma Constituição de acordo com a sua realidade e com a sua aspiração cultural. De modo que é um grande caminho e não convém supor que por uma via mágica, imediatamente tudo se resolva"*.

O que se pretende é que o Brasil adote um regime de governo democrático e moderno, que amortecia os confrontos entre o Executivo e o Legislativo e que não cultive supostas lideranças carismáticas.

Referimo-nos ao Parlamentarismo que é regime de governo que não prescinde de um Parlamento atuante e forte, de onde emanam a composição do Poder Executivo — 1º Ministro e Gabinete, bem como determina a execução da política governamental.

Então o Poder Legislativo deve atuar com suas atribuições plenas. Daí a oportunidade da discussão de projetos ainda em tramitação no Congresso sobre a matéria.

A reforma tributária também estaria nela contida, buscando fortalecer a forma federativa de estado e também o sistema eleitoral, com eleição direta para a Presidência da República; e, outros assuntos constitucionais mas não pertinentes nesta oportunidade, podendo ser abordados em outras ocasiões.

b) *Formas de Elaboração Constitucional*

Ante a necessidade premente de ser adotado o país de uma Constituição que represente com realismo e legitimidade o ordenamento maior da vida nacional. há que se ver qual a melhor forma de elaborá-la.

O processo de reforma é previsto em quase todas as Constituições. A da França de 1946, previa sua revisão pela Assembleia Nacional, conforme art. 90, da Lei Constitucional nº 3, de 1958, investiu o governo do poder de reforma, obedecendo a certos princípios, com a separação entre Legislativo e Executivo, o sufrágio universal como única fonte do poder; o projeto seria elaborado com

a assistência de um Conselho Consultivo, composto de membros do Parlamento sendo finalmente submetido ao "referendum".

Em Portugal, sua Constituição prevê um singular e anômalo Conselho de Revolução (a dos Cravos, de 1974) com poderes de emenda sem maiores formalidades.

No Brasil, a Junta de Ministros Militares que governou em 1969 e o Presidente da República em 1977, de forma arbitrária editaram a Emenda nº 1, e as Emendas nºs 7 e 8 à Carta de 1967, respectivamente. Ausente, nas duas oportunidades, a participação do Congresso Nacional porque colocada em "abstração" por ato de arbítrio. Pela forma adotada, resultou sua indiscutível ilegitimidade.

Atualmente o processo de emenda obedece às constantes nos arts. 47, I e II e § 3º, que dão as formas procedimentais, como:

1. proposta pelo Presidente da República ou por um terço de Deputados Federais e Senadores;
2. do art. 48, se conclui que a proposta deverá ser discutida e votada em duas oportunidades pelo Congresso Nacional, ou seja, em dois turnos de votação; sendo discutida e aprovada em um turno, passa a sê-lo em um segundo, com discussão e votação. Em ambas as votações (nos dois turnos) deverá ser por maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas Legislativas.

O art. 49 exige a promulgação pelas mesas respectivas da Câmara e Senado, pois em se tratando de Emenda, não há sanção.

O § 1º, do art. 47, traz uma vedação expressa, não admitindo propostas tendentes a suprimir a forma Republicana e Federativa do Estado Brasileiro. Esta, a exigência no sentido material e explícita, da qual decorrem outras inerentes à preservação do Estado Federal, como por exemplo, a redução das competências dos Estados Federados.

Michel Temer cuidou do tema quando diz: "*Também se veda, implicitamente, alteração constitucional que permita a perpetuidade de mandatos, dado que a temporariedade daqueles é assento do princípio republicano*".⁽²⁾

(2) TEMER, Michel — *Elementos de Direito Constitucional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, p. 25.

Finalmente, o § 2º, do art. 47, não permite o processo de Emenda durante a vigência do Estado de Sítio ou de Emergência, configurando-lhe uma limitação circunstancial.

Como nossa preocupação é outra, não vamos tratar do processo normal de "reforma" do texto existente, visto que o desejado e necessário é a elaboração de um texto com o pressuposto de legitimidade de que é carente a nossa "Lei Fundamental".

Este o poder previsto para alterá-la; o outro o constituinte, o poder próprio para elaborá-la. É este que nos interessa. O que vai tocar diretamente na soberania da nacionalidade. Tanto que Maurice Hauriou assim o define: "*O Poder Constituinte é um poder legislativo fundador, agindo em nome da nação soberana*" (grifo nosso) (3).

Existem duas formas de poder constituinte, cujo titular é o povo que, quando se manifesta, exterioriza a soberania popular, são elas: o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado ou instituído.

O 1º, o poder originário, por isto também chamado de fundador, acontece quando é eleita uma Assembléia especialmente para as funções de elaborar uma nova Constituição com total independência, sem limitação de qualquer espécie.

Já o poder constituinte derivado, dar-se-ia quando a Assembléia ou Congresso teria o poder de elaborar uma Constituição aproveitando um texto constitucional já existente; e sem que esta Assembléia fosse eleita somente para esta finalidade. Desenvolveria também, suas atribuições ordinárias ou constitucional propriamente ditas. Por isto diz-se instituído; por emanar de um poder anterior que seria o originário.

O Prof. paulista Manoel Gonçalves explica tal diferença ao afirmar: "*Quando esse poder edita Constituição nova substituindo Constituição anterior ou dando organização a novo Estado, diz-se que ele é originário. Quando, todavia, esse poder desdobra a Constituição ou traz modificações parciais a seu texto, o Poder Constituinte que aí se manifesta é chamado de instituído ou derivado. Isto*

(3) HARIOU, Maurice — *Précis ob Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1927, p. 248.

porque, sendo ele estabelecido pelo Poder Constituinte originário, sua autoridade deriva da que tem este”⁽⁴⁾

c) A Proposta do Prof. Afonso Arinos

A convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte qualificada de “livre e soberana” apregoada pela Oposição, somente durante a campanha eleitoral passada, expressa uma forma utópica e irrealista de atingir aquele objetivo prioritário; porque esta forma seria através da Constituinte originária, em que o Poder Executivo já deu demonstrações de que não a deseja, pelo meio desta forma. E, nem o Governo nem a Oposição explica como poderia ser instituída a Constituinte de forma derivada que dispensasse iniciativa do Poder Executivo.

Este, preocupando-se com outros assuntos prioritários, adia a “prioridade das prioridades”.

Tomando por base a Conferência proferida pelo Mestre Afonso Arinos de Melo Franco, na Comissão de Justiça do Senado, em agosto de 1981, vemos a clareza e inteligência como aquela autoridade em Direito Constitucional, fundamenta sua proposta.

Pretendia Mestre Arinos a outorga de poderes Constituintes ao Legislativo que foi eleito a 15 de novembro de 1982 passado, que se formalizaria através de um *projeto de Resolução Legislativa*, aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional. Esta a melhor forma sob ótica jurídica para o restabelecimento da ordem constitucional.

Justifica tal proposta por dois motivos capitais:

1. A prevalência do poder constituinte sobre o poder de reforma ou emenda, porque a carta atual carece de legitimidade, de autoridade, por ter sido emanada da Junta Militar; é um texto precário, defasado no tempo. Mesmo para os que afirmam que o poder de reforma atinge a elaboração de um texto novo, o congresso irá se prender aos formalismos do texto atual. O Congresso ficaria limitado aos entraves do processo constitucional que é logicamente, inflexível. Ao passo que o “trabalho” pela constituinte seria beneficiado pela flexibilidade das normas do regimento do Congresso.

(4) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Curso de Direito Constitucional*, 12ª Ed., Saraiva, 1983, p. 21.

2. Os Poderes Constituintes instituídos por um Poder anterior existente (o legislativo) que corresponde, como veremos a seguir nos exemplos históricos. Só que nesta sua proposição, o Poder Constituinte; instituído ou originário, seria o Poder Legislativo e não o Executivo, como nas ocasiões anteriores, conforme mostramos no assunto seguinte. Argumenta que, como o Executivo sempre agiu daquela forma, como o Legislativo não poderia fazê-lo para se imbuir dos necessários Poderes Constituintes?

"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 intocável, tanto sob o aspecto político, quanto sob o jurídico."⁽⁵⁾

O Assunto teve grande repercussão. A "Folha de São Paulo", de 27 de agosto de 1981, noticiou sua proposta dizendo o eminente Mestre: *"A permanência do atual estado de indefinição jurídica pode levar, mais cedo do que talvez se pense, a sociedade a quadros patológicos."*⁽⁶⁾

d) Exemplos Históricos de Poder Constituinte Derivado

Louvando-nos na Palestra proferida no Senado, em agosto de 1981, a convite de sua Comissão de Justiça, pelo Mestre Afonso Arinos, bem como em seu "Direito Constitucional — Teoria da Constituição — as Constituições do Brasil", demonstra claramente que todas as Constituições Brasileiras foram derivadas do Poder Executivo preexistente; a começar pela do Império de Antes da Independência do Brasil, mais precisamente a 02 de julho de 1822, 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 direta em todo o Império, tendo-se reunido a 03 de maio de 1823. Nesta oportunidade, o regime monárquico achava-se estabelecido, o Imperador aclamado e coroado.

(5) *Revista de Informação Legislativa*, contendo o pronunciamento do Prof. Afonso Arinos na Comissão de Justiça do Senado, à p. 16.

(6) *Folha de São Paulo*, de 27 de agosto de 1981, p. 4.

Ora, com este fato, temos que a Assembléia aceitou a legitimidade do Poder Executivo existente, a despeito da liberdade que tinha de organizar o poder futuro.

Com a Proclamação da República a 15 de novembro de 1889, o Decreto nº 01 que instituiu o Governo provisório, referia-se à convocação de uma Assembléia Constituinte. O Governo constituiu uma comissão redatora do Anteprojeto de Constituição, sendo entregue em 24 de maio de 1890. A convocação da Constituinte deu-se através do Decreto de 22 de junho que, após eleito, desincumbiu-se daquela missão; reconhecendo, portanto, o Poder Executivo já existente.

Após a Revolução de 1930, o Governo convocou a 3ª Constituinte pelo Decreto de 14 de maio de 1932, fixando eleições para maio de 1933, tendo a Assembléia reunido-se em 15 de novembro.

Getúlio Vargas foi eleito Presidente e a Constituição promulgada a 16 de julho de 1934.

O mesmo processo de formação deu-se com a Constituição de 18 de setembro de 1946.

O final da 2ª Guerra influenciou a queda do Estado Novo. Vargas expediu a Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro/1945 convocando a Assembléia Nacional Constituinte; não conseguiu manter-se no poder com a Constituição de 1937, foi deposto pelas Forças Armadas a 29 de outubro de 1945.

Governou interinamente o País, o Presidente José Linhares até que em 02 de dezembro o Congresso elegeu o Gen. Eurico Gaspar Dutra.

A Constituição, afinal, foi promulgada a 18 de setembro de 1946; igualmente como os casos anteriores, reconheceu o poder existente, quando todas as Assembléias Constituintes foram convocadas por iniciativa do Executivo.

"Nossa primeira Constituição foi outorgada e durou muitos anos. Tivemos, depois, as Constituições que derivaram de Assembléias Constituintes, como a de 1891, a de 1934, a de 1946, seguidas de outra outorgada que durou poucos anos. Como podemos constatar, nossa vida constitucional é acidentada". Eis a opinião de Raymundo Faoro na aludida entrevista a "O ESTADO".

Como último exemplo de Constituinte derivada ou instituída, foi o procedimento da elaboração da Carta Fundamental de 24 de janeiro de 1967, valendo recordar seus lances. O Ato Institucional nº

d. de 07 de dezembro de 1966, outorgou poderes ao Congresso Nacional para elaboração de nova Constituição, no período de 12-12-66 a 24-01-67.

O Decreto nº 58.198, de 15 de abril de 1966, baixado pelo Presidente da República instituiu uma Comissão especial de juristas, composta do Dr. Levi Carneiro, seu Presidente, dos Ministros Orozimbo Nonato, Miguel Seabra Fagundes, Themístocles Brandão Cavalcanti, para:

- a) — *rever as emendas constitucionais e os dispositivos de caráter permanente dos Atos Institucionais, coordená-los e inseri-los no texto da Constituição federal;*
- b) — *excluir do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias os preceitos de vigência já esgotada, incluindo os dos Atos Institucionais da mesma natureza, com as alterações adequadas; e,*
- c) — *sugerir emendas à Constituição que, imprimindo ao seu contexto unidade e harmonia, contribuam para a evolução do processo democrático brasileiro e garantam, na vida pública, regime de austeridade e responsabilidade”.*

Esta Comissão apresentou ao Presidente da República a 19 de agosto daquele ano, após 4 meses de sua instalação, por intermédio do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, o “Anteprojeto” da Constituição, aproveitado grande parte em sua fase final.

Levado ao Conselho de Segurança, o Sr. Ministro Carlos Medeiros e Silva recebeu suas sugestões e também de outros segmentos, como órgãos privados e públicos. Sofreu, portanto, algumas modificações, tendo o Ministro, após reapreciá-lo, remetido o “Anteprojeto” ao Presidente da República.

A 12 de dezembro, o Poder Executivo remeteu o “Anteprojeto” ao Poder Legislativo, para que o discutisse, votasse e promulgasse naquele prazo aludido. Lá, estava a aguardá-lo, uma Comissão mista de 11 Senadores e 11 Deputados, conforme previa o art. 2º, do Ato Institucional nº 4.

Foram escolhidos Presidente e Relator, o Deputado Pedro Aleixo e o ex-Governador Catarinense, Dr. Antônio Carlos Konder Reis, respectivamente.

O relator manifestou-se favorável à aprovação do “Anteprojeto”, após exame e discussão na Comissão Mista, sendo em 17 de

dezembro de 1966, aprovado pelos parlamentares situacionistas e majoritários, contra os votos da oposição.

Aprovado em plenário, retornou à Comissão Mista para, no período de 5 dias, aguardar o encaminhamento das Emendas, conforme art. 6º daquele Ato Institucional.

Neste prazo, a Comissão Mista recebeu 884 Emendas, tendo 12 dias para manifestar-se sobre as mesmas. Aí o projeto e as Emendas foram entregues a seis (6) sub-relatores para análise.

Com base nos estudos formulados pelos sub-relatores, o Dr. Konder Reis elaborou parecer submetendo-o à Comissão Mista, que o aprovou após muito trabalho, em 08 de janeiro de 1967.

A redação final foi aprovada pelo plenário no dia 21 de janeiro e, obedecendo ao art. 8º, do Ato Institucional aludido, foi promulgada pelas Mesas das duas Casas Legislativas no dia 24 de janeiro de 1967.

Porém, por força do disposto no art. 189, da própria Carta, esta só entrou em vigor no dia 15 de março de 1967, simultaneamente com a posse do Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva. Este, portanto, o último exemplo que tivemos de o Congresso Nacional exercer poderes constituintes conferidos pelo Poder Executivo.

Tal procedimento não se configura com um poder constituinte originário, que não prescinde de uma ilimitada autoridade diante do Direito Positivo; porque teve seu funcionamento traçado pelo édito discricionário do Ato Institucional nº 4, como por exemplo, a composição da Comissão Mista (art. 2º), disciplina das emendas (arts. 6º e 7º), bem como o prazo de conclusões dos trabalhos (art. 8º).

e) *Concluindo*

Como vimos, a forma de elaboração das Constituições Brasileiras sempre obedeceu à preconizada pelo Mestre Afonso Arinos e, a de 24 de janeiro de 1967, não teve uma participação mais extensiva das inúmeras entidades representativas que poderiam contribuir para tal processo histórico-político.

Contudo, “Anteprojetos” elaborados pela Comissão de competentes juristas, teve a participação, ainda que limitada, do Congresso Nacional; por esta razão é considerada formalmente pro-

mulgada. Creio ter sido a melhor forma que se poderia adotar naqueles tempos pós-movimento de março de 1964. Agora, a situação é diversa. O Estado Brasileiro carece de uma "Carta" que tenha a participação das entidades mais representativas da Nação, tais como: Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Brasileira de Imprensa, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os órgãos representativos dos Tribunais Superiores e dos Estados; o Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, criado há poucos anos, mas já alicerçado na alma dos que se ocupam de temas institucionais; e, de muitas outras, para receber o batismo imprescindível da legitimação. Sobretudo do Poder Legislativo que, ao ser eleito, já saberia previamente que irá desempenhar tal missão histórica.

Quanto à proposta do Prof. Afonso Arinos, o tempo se passou e a oportunidade ideal está preclusa. Só se for adotada para o próximo Congresso, o que já vai um longo tempo; contudo, ainda parece-nos um correto e exemplar caminho.