

Organizadores:

Caio Morau

Carlos E. Elias de Oliveira

PROCESSO LEGISLATIVO

Teoria e Prática

3^a
Edição

Prefácio:
Nelson Jobim

2026

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

O ESPECIAL FUNCIONAMENTO DE UMA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS¹⁻²

Sumário • Introdução – 1. Reminiscências históricas – 2. Da possibilidade de uma nova Constituinte – Conclusão.

INTRODUÇÃO

Profundamente honrado pelo convite para participar de livro “Grandes temas de Processo Legislativo: teoria e prática”, parece-me relevante lembrar um pouco do que foi o processo constituinte brasileiro, dada a importância, para o futuro, de se conhecer os erros e acertos do passado.

Optei por brevemente tratar, também, do que foi assegurado no texto constitucional como símbolo da democracia reconquistada e por analisar que, apesar do grande avanço no que diz respeito aos direitos individuais, o constituinte criou um Estado maior do que o PIB, instituiu amarras fortes ao desenvolvimento e à redução do tamanho do Estado, privilegiou os detentores do poder e prejudicou a sociedade, que não vê como se libertar do peso do estamento oficial. É, pois, o que passo a demonstrar.

¹ Agradeço a contribuição de minha Assistente Ana Regina Campos de Sica, que resgatou textos meus, auxiliando-me na elaboração do presente artigo.

² Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor *Honoris Causa* das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs Paraná e Rio Grande do Sul, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO – SP.

1. REMINISCÊNCIAS HISTÓRICAS

Em 1985/86, presidi o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Desde 1984, defendíamos, naquele sodalício, uma Constituinte Exclusiva. Na elaboração do projeto do qual resultou a E.C. nº. 26/86, o deputado Flávio Bierrenbach encampou a ideia como relator nomeado, tendo sido, por esta razão, aliado da relatoria.

A tese do IASP era simples: num processo de redemocratização, outorgar aos políticos o direito de produzir um novo texto constitucional seria permitir que, mais uma vez, o interesse público fosse confundido com o interesse dos detentores do poder. Propugnávamos, então, que houvesse uma Constituinte Exclusiva, em que aqueles que concorressem para integrá-la, uma vez elaborado o texto final e promulgado, voltariam para casa e não poderiam ser candidatos nas eleições seguintes.

Os parlamentares não concordaram que houvesse um Congresso Nacional e uma Constituinte paralela de especialistas ou políticos, com a única função de produzir texto constitucional de interesse da sociedade que, após aprovado, seria desfeita.

Portanto, não tendo vingado a tese, prevaleceu uma Assembleia de parlamentares constituintes, que, simultaneamente, atuavam como deputados e senadores ordinários. Assim, o presidente Sarney convocou a Constituinte pela E.C. nº 26/86, instalada em 1987, sob a presidência inicial do Ministro Moreira Alves, com duração de dois dias, substituído pelos eleitos Presidente, Deputado Ulisses Guimarães, e Relator, Senador Bernardo Cabral, o qual venceu, na referida votação, o futuro presidente da República, então Senador Fernando Henrique Cardoso³.

³ A E.C. nº 26/86 tinha a seguinte dicção:

“EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 26, DE 1985 – Convoca a Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte”.

Abandonado o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, após a denúncia do modelo quase ditatorial de esquerda proposto pelo Secretário Geral daquela Comissão, meu saudoso amigo Ney Prado, resolveram, os constituintes, começar da “estaca zero” e discutir amplamente o tema antes da elaboração da futura Lei Maior.

Assim é que, divididos os constituintes em 8 Comissões, cada uma delas composta de 3 Subcomissões, ouviram durante os primeiros meses apenas especialistas, em audiências públicas que duravam praticamente um dia.

Fui convidado a expor minhas ideias em duas delas (Sistema Tributário e Ordem Econômica), ou seja, nas Subcomissões presididas, respectivamente, por Francisco Dornelles e Delfim Netto, e mantive permanente contato com o presidente e relator da Constituinte e com o líder do denominado “Centrão”, Deputado Roberto Cardoso Alves, com este último já na fase de discussão em plenário⁴.

⁴ Assim se referiram os parlamentares da Subcomissão à colaboração dos juristas que a assessoraram no primeiro anteprojeto: “Atendendo à sugestão do Constituinte Mussa Demes, vou apenas registrar notável esforço que esta Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas realizou, ao longo das últimas 3 semanas, no sentido de ouvir e receber subsídios e sugestões de todos os segmentos da sociedade brasileira interessada em um novo desenho do Capítulo sobre o Sistema Tributário Nacional.

Cumprindo prazo regimental, apresentamos proposta de anteprojeto ao texto da futura Carta Constitucional que, não tendo a pretensão de ser algo perfeito e acabado, deverá sofrer aprimoramentos através das emendas que os membros desta Subcomissão certamente haverão de apresentar.

Necessário se faz assinalar a valiosa contribuição oferecida a esta Subcomissão pelas autoridades e entidades aqui recebidas em audiência pública: os Profs. e Técnicos Fernando Rezende, Alcides Jorge Costa, Geraldo Ataliba, Carlos Alberto Longo, Pedro Jorge Viana, Hugo Machado, Orlando Caliman, Ives Gandra da Silva Martins, Edvaldo Brito, Souto Maior Borges, Romero Patry Accioly, Nelson Madalena, Luís Alberto Brasil de Souza, Osiris de Azevedo Lopes Filho; o Secretário da Receita Federal, Dr. Guilherme Quintanilha; os Secretários da Fazenda dos Estados, que antes de aqui comparecerem promoveram, sob os estímulos desta Subcomissão, os encontros de Manaus e Porto Alegre; os Secretários de Finanças das Capitais, o DIEESE, a Organização das Cooperativas Brasileiras, o Instituto Brasileiro de Mineração; a Organização Nacional das Entidades de Deficientes Físicos; as associações dos funcionários fazendários, a Unafisco e a Fafite, as entidades representativas do municipalismo brasileiro – a Frente Municipalista, a Associação Brasileira dos Municípios, a Confederação Nacional dos Municípios e o Ibam. Tenham todos a certeza de que a discussão aqui ocorrida em torno das propostas e sugestões apresentadas será decisiva para o posicionamento dos membros desta Subcomissão em relação à definição do Capítulo Tributário, que desperta enorme interesse na sociedade brasileira”. (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, 19 jun. 1987, p. 139).

Havia, durante os trabalhos constituintes, uma nítida oposição entre os denominados adeptos de um país economicamente mais liberal e aqueles de um país mais intervencionista, tanto que os dois títulos aprovados em plenário refletiram tais tendências. Sendo assim, na Comissão nº 7, dedicada à Ordem Econômica, houve uma concentração grande de constituintes de visão liberal, com predominância dos constituintes economistas e, na Comissão 8, dedicada à Ordem Social, aconteceu o inverso, com predominância da ala que se considerou da esquerda progressista. Princípios não constantes de textos anteriores, como o da livre concorrência, unido ao da livre iniciativa (art. 170, *caput*, inciso IV)⁵; o do planejamento econômico, só obrigatório para o setor público (art. 174)⁶; ou ainda, de não participação do setor público na iniciativa empresarial, senão em caso de relevante interesse público ou de segurança nacional, traduziram tal realidade⁷.

Muitas das disposições colocadas na Ordem Social, de difícil implementação, decorreram da predominância ideológica dos constituintes, com o que tais princípios, não implantados, se tornaram, em linguagem clássica, princípios programáticos.

Gostaria de aproveitar essa oportunidade para expor minha posição sobre um outro aspecto relevante: a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, a meu ver, de matéria que se reveste

⁵ O art. 170, *caput*, inciso IV tem a seguinte dicção:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência; (...)”.

⁶ O art. 174 está assim disposto:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

⁷ Celso Bastos lembra que:

“A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, à diminuição dos seus custos, enfim, na procura constante da criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Bastos e Ives Gandra Martins, 7º volume, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2000, p. 27).

de particular importância, mormente em face do ativismo judicial que a Suprema Corte, nada obstante a excelência de seus magistrados, tem demonstrado, nos últimos tempos, invadindo competências nitidamente outorgadas pela Lei Suprema ao legislativo e não ao judiciário⁸.

Durante os trabalhos constituintes, mantive inúmeros contatos com seu relator, Senador Bernardo Cabral, e, alguns, com seu presidente, Deputado Ulisses Guimarães, sobre ter participado de duas audiências públicas (Sistema Tributário e Ordem Econômica) em Subcomissões presididas pelos Deputados Francisco Dornelles e Antonio Delfim Netto, respectivamente, apresentando, a pedido de alguns constituintes, sugestões de textos. Em um jantar de que participaram o Senador Bernardo Cabral, o Desembargador Odyr Porto, então presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, e o Ministro Sydney Sanches, da Suprema Corte, no qual discutíamos o perfil que o Poder Judiciário deveria ter no novo texto, sugeri, para a Suprema Corte que a escolha deveria recair sobre pessoas de notável saber jurídico e reputação ilibada indicadas pelas diversas entidades representativas dos operadores do Direito. O conhecimento jurídico deveria ser não só notório (reconhecimento da comunidade), mas notável (conhecimento indiscutível).

Pela minha sugestão, o Conselho Federal da OAB indicaria o nome de 6 consagrados juristas, o Ministério Público outros seis e os Tribunais Superiores mais 6 (2 STF, 2 STJ e 2 TST), com o que o Presidente da República receberia uma lista de 18 ilustres nomes do direito brasileiro para escolher um. Todas as três instituições participariam, portanto, da indicação. O Presidente, por outro lado, entre 18 nomes, escolheria aquele que, no seu entender, pudesse servir melhor ao País. Por fim, o Senado Federal examinaria o candidato, não apenas protocolarmente, mas em maior profundidade, por Comissão Especial integrada por Senadores que possuísem a melhor formação jurídica entre seus pares.

Por outro lado, em minha sugestão, manter-se-ia o denominado “quinto constitucional”, ou seja, 3 dos 11 Ministros viriam da advocacia e

⁸ O artigo 101 da CF está assim redigido:

“Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

do Ministério Público, com alternância de vagas: ora haveria 2 membros do MP e um da advocacia, ora 2 ministros vindos da Advocacia e um do Ministério Público. De qualquer forma, para as vagas dos 11 Ministros, as 3 instituições (Judiciário, Advocacia e MP) elaborariam suas listas sêxtuplas. Acredito que minha proposta ensejaria uma escolha mais democrática, mais técnica, com a participação do Legislativo, do Executivo, do Poder Judiciário, do MP e da Advocacia⁹. Nada obstante reconhecer o mérito e o valor dos 11 ministros da Suprema Corte, é certo que há sempre o risco potencial de uma escolha mais política que técnica.

Tendo participado de três bancas examinadoras para concursos de magistratura (duas de juiz federal e uma de juiz estadual), sei quão desgastantes são tais exames. Examinei em torno de 6.000 candidatos para escolha de 40 magistrados federais e 57 estaduais. Para selecionar magistrados de 2ª. e 3ª. instâncias, os critérios também são rígidos e variados, assegurando-se uma participação maior da comunidade jurídica.

Por que, para a mais alta Corte, não há qualquer critério na nossa Constituição, a não ser o subjetivo, definido por um homem só? Afinal, pelo artigo 102 da CF, é o STF o guardião da Constituição e, apesar de um certo ativismo judicial que poderia ser atalhado por força do artigo 49, inciso XI, da Lei Suprema, pelo Congresso Nacional, não há como não admitir que, apesar da crise, tem, o país, convivido sem traumas, com as instituições atuando adequadamente¹⁰.

Destaco, por fim, os direitos individuais e suas garantias, que tiveram uma extensão maior do que no texto de 67 e de sua emenda nº 1/69, grande parte deles enunciada no artigo 5º, objetivando ofertar uma garantia imodificável contra eventual retrocesso constitucional, visto que a Constituinte fora fruto da redemocratização.

⁹ É de se lembrar que os artigos 92 a 126 cuida do Poder Judiciário e os 127 a 135 das Funções Essenciais à Justiça representados pelo Ministério Público e Advocacia.

¹⁰ O introito do artigo 102 e o inciso XI do artigo 49 estão assim redigidos: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes; (...).

2. DA POSSIBILIDADE DE UMA NOVA CONSTITUINTE

A Constituinte de 1998 alargou as hipóteses de cláusulas imodificáveis na Lei Suprema, que, no texto anterior, centrava-se, apenas, na impossibilidade de eliminação da República e da Federação¹¹.

Pelo artigo 3º do ADCT, abriu-se a possibilidade da volta da Monarquia, através do plebiscito, que, todavia, realizado, outorgou ao sistema monárquico o voto de apenas 10% do eleitorado brasileiro¹².

E, nas cláusulas pétreas do § 4º do artigo 60, a República não permaneceu como cláusula imodificável do texto constitucional, como decorre dos quatro incisos, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 60 (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”.

São quatro as únicas cláusulas imodificáveis¹³. Tudo o mais pode ser alterado por normas constitucionais que, todavia, devem seguir o rito

¹¹ Artigo 47 da E.C. nº 1/69 estava assim redigido:

Art. 47. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou II - do Presidente da República.

§ 1º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

§ 2º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.

§ 3º No caso do item I, a proposta deverá ter a assinatura de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

¹² O artigo 3º do ADCT está assim redigido, tendo sua eficácia esgotada:

“Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

¹³ Lembrei, todavia, que:

“O discurso com que o constituinte inaugurou o § 4º tem levantado inúmeras objeções não só por parte dos doutrinadores mas de magistrados.

De início, coloca-se a questão se o comando veda o próprio exame da proposta ou se sua aprovação dependeria de uma declaração, a ser suscitada pelo poder competente, de constitucio-

estabelecido em todas as disposições do art. 60, que reproduzo, exceção feita ao § 4º:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

(...);

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

Temos, pois, mecanismos para alterar sistemas e regimes dentro do texto constitucional, lembrando que tal abertura ofertada pelo constituinte já gerou 106 emendas no rito ordinário e 6 no rito do artigo 3º do ADCT. Vale dizer, em 31 anos de Lei Suprema, temos 112 emendas,

nalidade ou inconstitucionalidade junto à Suprema Corte, como ocorreu com o IPMF, instituído pela Emenda Constitucional n. 3/93 e declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em relação à obrigação de as entidades públicas pagarem-no.

Ao contrário do que foi levantado pelo jurista Saulo Ramos, em artigo para um dos jornais de São Paulo, não aplicou, na hipótese, o Supremo Tribunal Federal, a teoria de Otto Bachoff das normas constitucionais inconstitucionais, mas apenas considerou que o Congresso não poderia ter veiculado aquela emenda.

Pela teoria de Bachoff uma norma constitucional de menor espectro pode ser declarada inconstitucional se conflitante com uma norma constitucional de espectro maior, prevalecendo, no conflito, aquela de maior relevância ou melhor situada no contexto constitucional 'sedes materiae ou loci'” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo I, Ed. Saraiva, 1999, p. 393/394).

enquanto o texto constitucional americano, ao longo de mais de 230 anos, tem apenas 27¹⁴.

Por outro lado, uma Constituinte exclusiva teria que ser aprovada pelo Congresso Nacional atual e futuro, limitado, à evidência, pelas referidas normas inalteráveis do texto maior. Haveria duas possibilidades. A primeira delas, muito pouco provável, que os parlamentares abrissem mão de elaborá-la, deixando a tarefa para constituintes eleitos que, ao término de sua atuação, voltariam para casa e não concorreriam por, pelo menos, dois mandatos; ou uma constituinte que, na verdade, seria a elaboradora de uma Emenda constitucional alargada, atingindo todo o sistema, mas conduzida pelos próprios parlamentares atuais ou futuros - o que vale dizer, que dificilmente mudariam algo que não mudaram até agora, nada obstante a vontade demonstrada por parcela da população.

Na primeira hipótese, seriam não políticos –provavelmente professores – a elaborar a Carta e, na segunda, seriam os mesmos que já elaboraram as 112 emendas, nestes 31 anos. Como se percebe, a possibilidade de termos algo semelhante ao que já temos é muito grande e o risco de termos uma Constituição pior do que a atual não é pequeno.

É de se lembrar que a própria Constituinte de 1988 (instaurada pela E.C. 26/85) foi contestada como “constituinte originária”, ao argumento de que um poder constituinte derivado não poderia gerar uma constituinte originária¹⁵.

¹⁴ Crítica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o fato de ser a emenda parte do processo legislativo.

Escreveu:

“Emenda constitucional. Não seguiu a boa técnica a Constituição vigente quando inseriu no processo legislativo a elaboração de emendas constitucionais (v., supra, os comentários ao art. 59, caput e inc. 1). Estas não são obra do Poder Legislativo, mas do poder constituinte de revisão, ainda que este seja deferido, por economia ou simplificação, aos mesmos órgãos investidos do poder de legislar.

Por outro lado e sobretudo, as emendas constitucionais têm eficácia igual à do ato inicial, a Constituição. São, por conseguinte, superiores aos atos primários, como a lei complementar, a lei ordinária etc. (cf. nosso Do processo legislativo, cit., n. 116)” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 1, Ed. Saraiva, 2000, p. 372).

¹⁵ Canotilho sobre a possibilidade da revisão escreveu: “Por outras palavras: a ideia de superioridade do poder constituinte não pode desembocar na ideia de constituição ideal, alheia ao seu ‘plebiscito cotidiano’, à alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações na correlação de forças e indiferente ao próprio sismógrafo das revoluções. Mas o que o legislador constituinte pode exigir do poder de revisão é a solidariedade entre

É que as Constituintes originárias decorrem de revoluções e quebras de sistemas institucionais anteriores, algo que não houve em 1985, pois o país saiu do regime militar para uma democracia plena naturalmente, por eleições indiretas, em que o candidato dos militares foi derrotado.

De qualquer forma, a maioria da doutrina houve por bem considerá-la como originária, sob a alegação de que, embora não tivesse havido ruptura institucional, saiu-se de um governo militar para um governo civil.

No momento, todavia, tal matéria não se discute. Vivemos em pleno regime democrático, com as instituições – nada obstante os escândalos de corrupção que macularam os governos anteriores e o ativismo judicial do STF –, funcionando, Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário atuando com visibilidade e transparência e as Forças Armadas respeitando o processo democrático, sem necessidade de intervenção, o que é facultado aos Poderes, nas hipóteses do “caput” do artigo 142 da CF, assim redigido:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”¹⁶.

os princípios fundamentais da constituição e as ideias constitucionais consagradas pelo poder de revisão. Como afirma sugestivamente Zagrebelski o poder de revisão da constituição baseia-se na própria constituição; se ele a negasse como tal, para substituí-la por urna outra, transformar-se-ia em inimigo da constituição e não poderia invocá-la como base de validade’. Por outras palavras, colhidas numa obra de Pedro de Vega: ‘ainda que se entenda como competência da competência, o poder de revisão nem por isso deixa de ter o seu fundamento na constituição, diferentemente do que ocorre com o poder constituinte que, como poder soberano, é prévio e independente do ordenamento. Esta perspectiva revela-se importante, como adiante veremos, nas questões de ruptura da constituição e no problema da chamada revisão do duplo grau” (Direito Constitucional, 5a. ed., Coimbra, Livr. Almedina, 1991, p. 1130).

¹⁶ Escrevi:

“As Forças Armadas destinam-se à defesa da pátria, em primeiro lugar. É a sua feição maior. Historicamente, desde as primitivas eras, as forças militares, objetivaram, nos velhos impérios orientais (da China até o complexo de civilizações do próximo Oriente), a conquista ou a defesa. Principalmente após os romanos, tal missão do exército ficou bem clara, visto

Não há, pois, queixas quanto ao funcionamento das instituições. Com efeito, dos cinco presidentes eleitos desde a promulgação da CF de 88, dois foram afastados por improbidade administrativa, em processo jurídico irrepreensível junto ao Congresso Nacional, lembrando-se que mais do que a improbidade administrativa, a ingovernabilidade pesou no seu afastamento, sem que isso gerasse uma ruptura institucional.

É que o julgamento do “impeachment”, no direito brasileiro – embora nossa Constituição seja, nesse aspecto, semelhante a outros textos constitucionais – é jurídico-político, em que a ingovernabilidade é também levada em consideração.

Ora, o afastamento de um chefe de governo, nos sistemas parlamentares, é intraumático e não doloroso, como nos sistemas presidenciais. Não sem razão, das 20 maiores democracias do mundo, 19 são parlamentaristas e 1 presidencialista, conforme Lijphart demonstrou, no seu clássico livro intitulado “Democracies” editado pela Universidade de Yale, nos Estados Unidos¹⁷.

É de se lembrar que, como dizia Raul Pilla – presidente nacional do Partido que presidi em São Paulo entre 1962 a 1964 –, o sistema presidencialista é o da irresponsabilidade a prazo certo e o parlamentarista o da responsabilidade a prazo incerto. Eleito um irresponsável,

que, pela primeira vez, utilizaram-se do direito como instrumento de conquista, aplicando-o durante os dois mil e cem anos de seu domínio (754/3 a.C. a 1453 d.C.).

A segunda grande missão das Forças Armadas é a garantia que ofertam aos poderes Constitucionais, o que vale dizer, se o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, quem garante os poderes constituídos são as Forças Armadas. Quando Nélson Hungria, desconsolado, no golpe de estado que derrubou Café Filho, disse que o Supremo Tribunal Federal era um arsenal de livros, e não de tanques – e, por isso, nada podia fazer para garantir o governo, podendo apenas mostrar uma realidade, qual seja, a de que sem a garantia das Forças Armadas não há poderes constituídos –, definiu os verdadeiros papéis das duas instituições.

Por fim, cabe às Forças Armadas assegurar a lei e a ordem sempre que, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos, ou seja, por iniciativa dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, forem chamadas a intervir.

Nesse Caso, as Forças Armadas são convocadas para garantir a lei e a ordem, e não para rompê-las, já que o risco de ruptura provém da ação de pessoas ou entidades preocupadas em desestabilizar o Estado” (Bicentenário da Justiça Militar no Brasil, Coletânea de Estudos Jurídicos, coordenadores martia Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Petersen, ed. Poder Judiciário, Superior Tribunal Militar, p. 261/2).

¹⁷ H.J. Lijphart, “Democracies”, Ed. University Yale, 1984.

no presidencialismo, apenas pelo processo penoso do “impeachment” pode-se afastá-lo. Ao contrário, no sistema parlamentar o voto de desconfiança do Congresso afasta-o sem traumas. E a separação entre as figuras do Chefe de Estado e Chefe de Governo dá aos Chefes de Estado a serenidade e moderação para escolher novos governos, nas quedas de gabinete.

Por outro lado, com burocracia profissionalizada e a possibilidade de dissolução do Parlamento pelo chefe de Estado, no sistema de pesos e contrapesos, termina facilitando a responsabilidade por parte do governo e do Parlamento, com a figura de moderador do Chefe de Estado. Os partidos, por sua vez, crescem, no Parlamentarismo, enquanto que, na esmagadora maioria dos regimes presidencialistas, são meras lendas.

Quando se diz que o Brasil não pode ter o parlamentarismo porque não tem partidos políticos, respondo que o país não tem partidos políticos porque não tem o parlamentarismo¹⁸.

Li a defesa que três amigos e brilhantes juristas (Modesto Carvalhosa, José Carlos Dias e Flávio Bierrenbach) fizeram de uma Constituinte exclusiva, estando de acordo com a grande maioria dos pontos que defendem.

Ocorre que todos estes pontos podem ser assegurados por emendas constitucionais, sem necessidade de convocação de uma Assembleia Constituinte exclusiva, pois não afetam as cláusulas pétreas do § 4º, do artigo 60, da Lei Suprema, retro transcrito.

Um plebiscito para aprová-los, poderia ser convocado, lembrando-se, todavia, que os plebiscitos têm que ter como base perguntas cujo nível de generalização dificulta a forma de concretização de pontos escolhidos, sem grandes debates. O “referendum”, a partir de um texto

¹⁸ Coordenei livro sobre o Parlamentarismo, intitulado “Parlamentarismo Realidade ou Utopia?” que teve a participação dos seguintes juristas: J. Bernardo Cabral, Ney Prado, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Sérgio Ferraz, Dirceo Torrecillas, Maria García, Francisco Jucá, Paulo Adib Casseb, Edvaldo Brito, Kiyoshi Harada, Marilene Talarico M. Rodrigues, João Bosco Coelho Pasin, Hélcio de Abreu Dallari Jr., Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, Edison Carlos Fernandes, José de Ávila Cruz, Carmen Valio de Araujo Martins, André Costa-Corrêa, Acácio Vaz de Lima, Antonio Penteado Mendonça, Agostinho Toffoli Tavarolo, Antonio Márcio da Cunha Guimarães, Arianna Stagni Guimarães, George Melão, Victor José Faccioni, Cássio Mesquita Barros e Luiz Gonzaga Bertelli e eu (Parlamentarismo Realidade ou Utopia?, Ed. Fecomercio/AIDE, coordenação geral Ives Gandra Martins).

constitucional aprovado, seria mais coerente, com consulta popular “a posteriori”. Mas o texto pode não representar o que o povo desejaria e a rejeição poderia ser fácil, pela maioria dos descontentes com este ou aquele tópico do texto submetido ao “referendum”.

Por fim, a iniciativa popular poderia ser apenas um início, lembrando-se que, para aprovar um texto proposto, haveria necessidade de 3/5 das duas Casas Legislativas em duas votações. Não seria, pois, uma mera proposta de dois milhões de eleitores, que seria capaz de superar a vontade dos quase 140 milhões de eleitores representados no Congresso Nacional¹⁹.

Sou, pois, contrário a uma Constituinte Exclusiva, embora, conforme mencionado, já tenha sido favorável a ela no processo constituinte, quando o deputado Flávio Bierrenbach era relator tendo, inclusive,

¹⁹ O artigo 14 da CF está assim redigido:

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

Comenta-o Celso Bastos:

“Muito frequentemente se ouvem críticas contra essa convocação do corpo eleitoral para se manifestar sobre questões atinentes aos interesses coletivos. Reconhece-se idoneidade para que o povo escolha determinadas pessoas; nega-se-lhe, contudo, tal autoridade quando se trata de decidir de maneira direta questões o mais das vezes muito complexas. O procedimento ainda fica exposto a críticas por não ensejar possibilidade de debate, mas apenas a expressão lacônica de um voto global.

Os tempos modernos parecem rebater essas críticas por meio de uma prática que consagra a sua aceitação como forma válida de expressão da vontade popular.

A adoção, cada vez mais frequente, de referendos está, sem dúvida, atrelada ao desenvolvimento da informação e dos meios de comunicação. Na Antiguidade as assembleias populares participavam diretamente da tornada de decisões políticas, o que poderia dar-se antes da elaboração da decisão - o direito de iniciativa - ou após essa mesma deliberação - o referendo.

Sabe-se que essa modalidade de democracia direta foi logo abandonada, tanto por causa da extensão do direito de sufrágio quanto pela incapacidade de os cidadãos disporem sobre problemas cada vez mais técnicos e complexos.

No Estado moderno, no entanto, onde imperam técnicas absolutamente desconhecidas do passado, os cidadãos acabam por recobrar a informação que possuíam na Antiguidade ou mesmo superá-la, dado o advento da comunicação de massa.

Não se deve confundir o referendo com o plebiscito. Este é muito mais uma aprovação de determinada medida, na qual, muitas vezes, o político joga o seu destino, e não uma consulta sobre o texto” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, Ed. Saraiva, 2004, São Paulo, p. 626/7).

escrito a favor de sua proposta. Hoje, no entanto, não vejo necessidade de uma Constituinte Exclusiva.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, retomando o primeiro ponto deste artigo, entendendo que os verdadeiros patriotas teriam se interessado em participar como constituintes, não preocupados em conquistar o poder, mas em servir à nação, certos de que professores e intelectuais de bom conhecimento em matéria constitucional candidatar-se-iam a produzir um texto definitivo para as futuras gerações.

Ora, no direito constitucional, mais do que em qualquer ramo do direito, a origem dos institutos, princípios e normas está vinculada à formação dos políticos-legisladores. Por isto, sempre afirmei que a “lei ordinária pode ser mais inteligente que o legislador, porém, dificilmente, a Constituição será mais inteligente que o constituinte, por ser este o único antecedente direto da norma constitucional”.

Não obstante, o que tivemos foi a convocação de constituinte em que os parlamentares e usufrutuários do Poder Legislativo produziram texto que já hospeda 112 emendas e criou uma Federação maior que o PIB.

Estou convencido de que a Constituição deveria ter um perfil sintético, com definição de direitos e garantias individuais e políticas, enunciação genérica de direitos de 2^a, 3^a. e 4^a. geração, mecanismos claros de controle do Estado por parte da sociedade e nítida divisão dos poderes, para que uma contaminação “conveniente” e “conivente” não facilitasse soluções “pro domo sua” dos detentores do poder em detrimento dos direitos do cidadão. Só assim teríamos uma Constituição capaz de permitir o exercício da cidadania e o desenvolvimento social e econômico.

Sendo assim, idealmente falando, apenas uma nova Constituinte originária e exclusiva, decorrente de um plebiscito, para que seja originária e quebre a camisa de força dos privilégios públicos, poderia reverter este quadro, que a sucessão de emendas não equaciona.

No contexto brasileiro atual, entretanto, entendo que o melhor seria equacionar os problemas da federação dentro dos parâmetros da Carta da República existente, sem necessidade de uma nova Constituinte, pois

o momento, especialmente em tempos de pandemia, é de amadurecimento das instituições e o Brasil só terá plenitude democrática e uma carta suprema mais estável, se os políticos no poder, que de há muito abandonaram qualquer reflexão sobre a matéria, voltem a pensar exclusivamente em servir à nação e não aos seus mesquinhos e aéticos impulsos e desejos inescusáveis.

