

075/92

St 18799

75.9

Ives Gandra da Silva Martins

A REVISÃO CONSTITUCIONAL DE 1993.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,

*Professor Titular de Direito Constitucional da
Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie,
Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da
Federação do Comércio do Estado de S. Paulo.*

A antecipação do Plebiscito para 21 de abril de 1993, por força da E.C. nº 2/92 e a possível antecipação da revisão constitucional prevista para 5 de outubro, estimulam o debate sobre os limites das alterações que o texto supremo deverá sofrer.

Entre os temas que serão discutidos na Reforma Constitucional de 1993 está o referente à ordem econômica.

Em que pese as críticas apresentadas ao texto constitucional, estou convencido que representou sensível avanço em relação à ordem econômica anterior, na medida em que veiculou o princípio da livre concorrência (art. 170 inciso IV), antes inexistente, tornou o planejamento macroeconômico apenas indicativo para o setor privado (art. 174), reduziu o campo de reserva de mercado apenas possível se o capital estrangeiro for nocivo ao desenvolvimento estratégico, econômico e tecnológico do país (art. 171, §§ 1º e 2º) e permitiu a concessão ao setor privado das áreas monopolizadas da economia (art. 176), sobre não permitir a intervenção concorrencial do Estado senão para relevante interesse coletivo e nacional (art. 173).

À evidência, os governos brasileiros, nas diversas esferas -- contumazes desrespeitadores da lei maior-- ainda não absorveram os princípios da Carta Magna, continuando a desprestigiá-los. Os congelamentos, tabelamentos, reservas de mercado, intervenções

✓

congelamentos, tabelamentos, reservas de mercado, intervenções concorrenciais além do permitido, com notável capacidade para a desorganização do setor produtivo, têm-se sucedido. Acresce-se a tal desrespeito a amplificação do esclerosado sistema fiscal, complexo, retrógrado e confiscatório, que encerece sobremaneira a produção, sem aliviar as necessidades de uma Federação composta --exemplo único no concerto das Federações-- de quase 5.000 entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Ernane Galvêas, em seu estudo sobre a reforma tributária (Carta Mensal -CNC- Setembro de 1991) oferta nítido quadro dos desequilíbrios provocados pelo sistema.

A revisão, certamente, aperfeiçoará o texto, sem alterar o discurso constitucional na ordem econômica. O sistema tributário, todavia, necessita ser modificado.

Alguns problemas preambulares, todavia, deverão até lá ser solucionados, quando a Constituição passará a ser reexaminada, a partir de outubro de 1993.

Alguns constitucionalistas têm defendido a tese de que esta reforma apenas se poderia realizar após o resultado do plebiscito e à luz da decisão popular que optará entre a monarquia e a república, assim como entre o presidencialismo e o parlamentarismo, limitando-se a adequar o texto constitucional à forma e ao regime de governo que resultarem aprovados nesse plebiscito.

O argumento isolado de tal corrente reside em vir o art. 3º do ADCT depois do art. 2º, este fazendo menção ao plebiscito e aquele à revisão constitucional.

Em que pese o respeito pelos que defendem tal postura, inequivocamente minoritária, não me parece deva a revisão constitucional limitar-se a estes dois pontos objeto do plebiscito.

De início, por serem ambos os artigos de origem diversa. O art. 2º saiu do trabalho isolado e persistente do deputado Cunha Bueno, que encontrou, na fórmula original, maneira inteligente de contornar a cláusula pétrea constante do art. 47 § 1º da E.C. nº 1/69, assim redigido:

"Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República".

Partindo do princípio de que seria a Constituição de 1988 um Poder constituinte originário --que não era-- houve por bem defender a tese de que não estaria, o Colégio Constitucional de 1988, submetido à ordem suprema pretérita, razão pela qual poderia alterar não só a Federação, quanto a República.

A tese não me parece correta, visto que a Constituição de 1988 não decorre de um poder originário de ruptura institucional, mas da convocação, nascida por força de Emenda Constitucional à Constituição de 1967, de número 26. À evidência, não podendo, o Poder Constituinte derivado anterior, atribuir mais forças do que tinha, não poderia ofertar à Constituinte poder capaz de alterar o que a própria emenda, que convocara a Assembléia Nacional Constituinte, não tinha, isto é, o de modificar as cláusulas pétreas do artigo 47 § 1º.

Assim sendo, ao meu ver, as cláusulas pétreas anteriores não poderiam ser modificadas na Constituição de 1988, de rigor, uma emenda semelhante àquela de nº 1/69, e que deveria ter sido a enumeração de Emenda Constitucional nº 28/88.

O certo é que a experiência mundial tem demonstrado que as cláusulas pétreas são tão vulneráveis quanto as cláusulas não pétreas, razão pela qual não foi respeitado o comando do artigo 47 § 1º da E.C. nº

1/69.

Em defesa da proposta do deputado Cunha Bueno, que apesar de isolada, recebeu fantástico apoio dos congressistas com poderes constituintes (quase 500 assinaturas da "esquerda" e da "direita", está o fato de que a decisão será do povo e a soberania popular será exercida da forma mais pura possível, que é a decisão de cada cidadão na escolha do sistema ideal.

Acresce-se que a decisão popular terá maior legitimidade que a cláusula pétrea colocada na E.C. nº 1/69, nitidamente uma lei suprema imposta e não originária de amplo debate constituinte.

A verdade, todavia, é que o artigo 2º dos ADCT não tem qualquer ligação com o artigo 3º, cuja inspiração imediata é o direito português.

Que determinam os referidos artigos? Reproduzo os dois:

"Art. 2º - No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no país.

(A E.C. nº 2/92 antecipou o plebiscito para 21 de abril de 1993)

§ 1º - Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa ecessionários de serviço público.

§ 2º. O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo".

"Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após 5 anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão

unicameral".

O artigo 3º faz clara referência a uma revisão ampla da Constituição, que se dará, não em 5 de outubro de 1993, mas a partir de 5 de novembro. Sua matriz encontra-se na Constituição Portuguesa. Esta permitiu uma primeira revisão passados 5 anos, tendo a Assembléia portuguesa iniciado seus trabalhos alguns meses após aquele período, concluindo-os quase um ano depois.

A solução portuguesa --albergada pelos constitucionalistas brasileiros-- partiu do princípio de que a revolução, ocorrida em 25 de abril de 1974, que terminou com a alteração profunda no sistema de governo português e na reintrodução da democracia naquele país, após a substituição de vetusto regime de exceção, de índole não marxista, por um outro sistema de exceção marxista, deveria ter solução natural na busca de um texto mais consolidado e mais autêntico, após 5 anos de experiência com o direito anterior.

De certa forma, o fenômeno brasileiro trilhou estrada semelhante. O regime de exceção brasileiro tinha sido esmaecido com os dois últimos governos militares, como o regime português, após a morte de Oliveiros Salazar. A transição se fizera, no país, de forma menos traumática que em Portugal, mas com nítida predominância dos grupos pró-marxistas, nada obstante com virulência menor do que em terras lusitanas, talvez por força do choque menos dramático entre as estruturas repressivas no país, abrandadas a partir de 1973, e aquelas do longo período de ditadura, que mantivera sob regime de rigoroso controle, os lusos, durante 50 anos.

Tanto Portugal, pois, quanto o Brasil, por seus representantes constituintes, entenderam que a alteração que pretendiam provocar era de tal dimensão, que a revisão ampla do texto constitucional deveria ser realizada, após a experiência quinquenal, de "praxis" democrática, com a possibilidade de retificação definitiva do texto, para que, escoimada de seus defeitos, pudesse a Constituição atender

todas as aspirações nacionais.

Como se percebe, duas origens diversas para os dois dispositivos a demonstrar, claramente, sua desvinculação absoluta. Cada dispositivo teve uma matriz e objetivou uma finalidade. E, à evidência, seu tratamento teria que ser diverso. Por esta razão é que, para o art. 2º, o plebiscito é instrumento jurídico determinado pelo constituinte, enquanto que o "quorum" simplificado da maioria absoluta é aquele imposto pelo artigo 3º, isto é, menor do que o mencionado no artigo 60, assim redigido:

"A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I. de $\frac{1}{3}$, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II. do Presidente da República;

III. de mais da metade das Assembléias 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, $\frac{3}{5}$ 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.

§ 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.

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

E aqui cabem algumas considerações sobre o referido artigo, de rigor, a razão de ser do presente estudo.

O artigo 60 não permite que sejam propostas emendas constitucionais destinadas a abolir os quatro incisos do § 4º.

De início, a questão, que se coloca, é de saber se apenas emenda constitucional não poderia ser apresentada sobre as quatro matérias mencionadas no referido inciso ou, também, a revisão constitucional dele não poderia cuidar.

Respondo pela primeira formulação. O constituinte fala apenas em emenda e não em revisão constitucional. Ora, se fala em emenda, à nitidez, restringe as cláusulas pétreas, mencionadas nas 4 hipóteses, à veiculação decorrente de singela emenda constitucional.

Deve-se lembrar que o artigo 60 fez menção ao "procedimento permanente" de alteração constitucional por emenda, seja no que concerne à forma de apresentação, seja no que concerne à forma de aprovação, além de exteriorizar os assuntos a respeito dos quais tal proposta não pode ser examinada.

Desta forma, o § 4º refere-se apenas ao que exposto está no art. 60 e ao tipo de emenda regulado pelo referido dispositivo. Não há qualquer menção a que o artigo 3º das Disposições Transitórias deva também estar limitado às citadas cláusulas pétreas, seja por cuidar de revisão constitucional e não de emenda, seja por independer de processo de apresentação a que se refere o artigo 60, seja ainda porque o "quorum" de aprovação distinto também é. Em outras palavras, a alteração de Constituição poderá ocorrer nos termos do artigo 60 ou nos termos do artigo 3º do ADCT, com procedimentos diversos, campos de abrangência diversos e "quorum" de aprovação também diverso. Vale dizer, objetivou o constituinte deixar claro que a "emenda" não é uma "longa manus" do constituinte de 1988, mas técnica de modificação da Constituição decorrente de sua aplicabilidade e da conjuntura no país. Por outro lado, a revisão constitucional dar-se-á por força da continuidade do processo

2

constituente de 1988, cujos representantes entenderam útil a pretendida revisão, após 5 anos de aplicação do novo texto. A revisão dá continuação à intenção constituinte de reforma. A emenda apenas permite que, em face da conjuntura, o texto constitucional não se transforme em um texto pétreo, mas adaptável às circunstâncias em que se envolve o país. Por esta razão, o "quorum" qualificado se impõe para as propostas de emenda, e a simples "maioria absoluta", para a revisão constitucional desejada e prevista expressamente pelo constituinte de 88.

À luz de tais argumentos não entendo que as limitações do § 4º sejam estendidas à revisão constitucional.

Na mesma linha, considero outro problema que decorre de tal colocação, qual seja o de saber se a cláusula pétrea vedaria apenas a abolição definitiva de institutos e direitos elencados no § 4º do art. 60 ou se também impediria a singela suspensão dos mesmos. Em outras palavras: se pretender o Congresso suspender a vigência dos institutos mencionados nos incisos I a IV do artigo 60, poderia fazê-lo, visto que não estaria abolindo os institutos, mas apenas tirando-lhes a eficácia temporária?

Creio que tal interpretação não pode prevalecer. Fosse esta a intenção do constituinte e, à evidência, as cláusulas pétreas de revisão perderiam seu sentido de preservação de conquistas, posto que a repetição de suspensões temporárias poderia gerar, na prática, a abolição dos institutos mencionados.

Acresce-se fato de relevância. A própria Constituição prevê os mecanismos de suspensão de alguns dos institutos mencionados, como no artigo 134 ou nos artigos que cuidam da defesa de Estado.

Vale dizer, as possibilidades de suspensão de direitos encontram-se reguladas na própria Constituição, seja nos casos de intervenção,

seja em caso de estado de defesa ou de sítio.

Ao utilizar, pois, o vocábulo "abolir" quis dizer "impedir", mesmo que temporariamente, o exercício dos direitos e institutos lá apresentados.

Desta forma, claramente o constituinte impediu que houvesse "abolição temporária" das matérias reguladas no § 4º, com o que qualquer emenda tendente a afastá-las seria inconstitucional.

Dois últimos pontos merecem perfunctória análise. Falo da possível antecipação do plebiscito para a aprovação ou não do regime parlamentar e do leque de direitos e garantias individuais modificáveis. Esta última questão comporta complemento para analisar se os direitos dos funcionários são direitos ou privilégios contra a sociedade.

É o que passo a examinar.

Não vejo porque a discussão sobre os sistemas de governos não possa ser objeto de uma emenda constitucional para antecipar o plebiscito. Não entendo haja qualquer inconstitucionalidade na antecipação do plebiscito, posto que não há qualquer impedimento que emenda neste sentido possa ser apresentada e deliberada.

A prova inequívoca é a de que não afeta, tal antecipação, nenhuma das cláusulas pétreas apresentadas pelo constituinte. Nem se diga que o parlamentarismo aboliria a separação dos poderes, posto que os três poderes continuarão existindo, apenas passando o Executivo a ser eleito pelo Legislativo. Não havendo impedimento, entendo que possa o plebiscito ser antecipado à luz do que dispõe o art. 60.



O segundo aspecto diz respeito aos direitos e garantias individuais. Reza o § 2º do artigo 5º que:

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

A sua leitura poderá levar o intérprete a entender que o espectro de tais direitos e garantias é ilimitado e, sob certo aspecto, terá razão. De rigor, todavia, os direitos e garantias individuais a que se refere o constituinte, são aqueles, expressa e implicitamente, colocados na Constituição Federal. Não há, pois, como estender tais direitos indefinidamente, além do que esteja implícito na Constituição, por decorrer de seus princípios, que não podem, também, ser alterados.

Por fim, os privilégios adquiridos pelos servidores públicos não constituem direitos e garantias individuais contra a sociedade, nem direitos adquiridos de quem a ela deve servir. Se houver um choque e o ônus do custo, para a sociedade, implicar a impossibilidade de assegurar alguns desses direitos sociais fundamentais, tais como a existência digna, educação, saúde etc., à evidência, não de prevalecer os direitos da sociedade sobre os dos servidores, não lhes garantindo, a Constituição, privilégios que àquela se sobreponham. E mesmo que houvesse dispositivos em outro sentido, no conflito, haveria de prevalecer o interesse da sociedade sobre os daqueles que a devem servir.

São estes alguns dos aspectos que trago à reflexão dos leitores do Digesto Econômico.

São Paulo, 9 de dezembro de 1992.