

Conflito entre a Constituição e o Regimento da Constituinte

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

CONSULTA

Parlamentares filiados a diversas agremiações consultam-me sobre a constitucionalidade do Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte aprovado pela Resolução nº 2 de 1987 em face da Emenda Constitucional nº 26/85, que outorgou poderes derivados constituintes à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, visto que, sobre permitir alterações no projeto da primeira para segunda votação em plenário, admite que a redação final seja sufragada em turno único por maioria simples e em votação simbólica.

RESPOSTA

De início, neste breve parecer, em que pela urgência limito-me a fazer algumas referências doutrinárias e realizar perfunctória análise de dispositivos, sobre os quais poderei discorrer mais pormenorizadamente, se necessário, no futuro, deve-se ressaltar que, não obstante falar a E.C. nº 26/85 em Assembleia Nacional Constituinte, o que o texto supremo conformou foi um Parlamento com poderes constituintes derivados, não diferentes daqueles existentes desde 1967, com a promulgação da atual Constituição.

Paulo Bonavides, Celso Ribeiro Bastos, João Roberto Piza Fontes, Luiz Sampaio Gouveia e eu mesmo, em ciclo de debates promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo e publicado na Revista dos Advogados daquela instituição às páginas 59/74 do nº 15, sob o título "A crise institucional e a Assembleia Nacional Constituinte", por esta linha de raciocínio, rejeitamos pudesse falar-se na existência de poder constituinte originário, quando no Brasil o atual Congresso tem apenas singelos poderes derivados. Assim é que a atual Assembleia Nacional Constituinte não pode alterar a República ou a Federação, por força do disposto no artigo 47 § 1º do atual texto maior, assim redigido:

"§ 1º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República", visto que a Emenda Constitucional nº 26/85 é emenda à Carta Suprema de 1967.

A Assembleia Nacional Constituinte, portanto, haure suas forças da referida emenda e não tem a plenitude de poderes que teria, se fosse constituída originariamente, após ruptura da ordem institucional anterior. É limitada, pois, ao perfil da atual lei maior e apenas existe por força da não menos limitada Emenda Constitucional nº 26/85 que, sobre lhe dar, de forma meramente técnica, poderes que o Congresso Nacional já tinha, apenas simplificou para aprovação de um novo texto, o "quórum" deliberativo.

É esta também a lição de Goffredo Telles Jr., que didaticamente discorre sobre tal realidade no pequeno grande livro "A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional" (Ed. Saraiva, 1986), acrescentando, em uma entrevista ao jornal O Estado de S. Paulo, que: "Esta Constituinte que está funcionando é ilegítima" (01/11/87 — pág. 4).

Com efeito, os mesmos poderes que tinham os parlamentares de 1967 a 1986 de modificar a Carta Magna, têm os atuais, com a diferença de que até a E.C. nº 22/82, podiam fazê-lo por maioria absoluta, a partir daquela alteração passaram a só poder modificá-la por 2/3 da composição das duas Casas e com a E.C. nº 26/85 voltaram a poder aprovar um novo texto, se completo, por maioria absoluta, nos termos do artigo 3º assim redigido:

"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".

A Emenda Constitucional nº 26/85, assim sendo, restringe o poder do Parlamento

Constituinte, de forma nítida, em dois pontos:

a) a maioria absoluta deverá se repetir em duas votações do mesmo texto completo; b) enquanto não promulgada a nova Constituição, qualquer alteração parcial da atual lei maior continua a só poder ser realizada, a partir da votação de 2/3 dos constituintes. H.L. Hart, em seu célebre livro "The concept of Law" (Ed. Clarendon, 1961), na crítica ao positivismo de Hans Kelsen ("Teoria da Norma Pura", Ed. Armênio Amádio, 4ª ed., Coimbra), faz referência às normas de produção e aplicação do Direito e àquelas de comportamento, em que nivela as de conduta e as sancionatórias. Estas últimas ordenam a vida em sociedade, abrangendo, pois, o reconhecimento das normas fundamentais, a criação de normas permissivas ou produtivas, compreensão de situações não regradas legalmente e sanção às violações do ordenamento jurídico.

A ordem social, portanto, flui a partir do Direito, entendido os jusfilósofos espanhóis Miguel Sancho Izquierdo e Javier Hervada ("Compêndio de Derecho Natural", Ed. Euns, 1980, 2 volumes) que só permanecerá no tempo se o Direito conformado objetivar uma "ordem social justa" (pg. 27 do vol 1), na gráfica afirmação:

"En conclusion y teniendo en cuenta, tanto la etimologia como el uso primitivo de las palabras "jus" y "directum", podemos establecer la definición nominal del derecho como: el orden social justo".

As normas de produção e aplicação do Direito, ao contrário, devem obedecer rigidamente os caminhos legais pre-estabelecidos. No seu estudo, Hart esclarece que a norma comportamental pode ser interpretada com elasticidade, até porque incapaz de preencher todos os aspectos da vida em sociedade, no que a função integrativa do Poder Judiciário ganha especial relevo. A norma de produção e aplicação do Direito, não. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal podem interpretar uma questão com flexibilidade suficiente na busca de harmonização da ordem jurídica, em vista de um ideal de Justiça, mas não podem admitir que uma aplicação ao Tribunal Federal de Recursos, por economia processual, vá, de imediato, ao Excelso Pretório ou que, sem que a Constituição o determine, por excesso de trabalho, sejam convocados alguns cidadãos, além dos 11 magistrados, para decidirem sobre os processos submetidos àquela Casa Judicante.

A norma que diz respeito à produção e aplicação do Direito é rígida, alberga o tipo fechado, hospeda a estrita legalidade, estabelece a reserva absoluta, não comportando qualquer interpretação elástica.

Todos os doutrinadores pátrios e estrangeiros são unânimes na aceitação de tal percepção dicotômica, dispensando-me de maiores considerações sobre os mesmos, já que as fiz no estudo "A jurisprudência integrativa e o ideal de Justiça" publicado na Revista Comemorativa dos 40 anos de funcionamento do Tribunal Federal de Recursos. Ora, as restrições impostas pela E.C. nº 26/85 são inequívocas no que diz respeito à impossibilidade de se ofertar qualquer exegese maleável no concernente à norma de produção legislativa, posto que, sobre terem criado um Poder Legislativo com funções derivadas constituintes, estabelecem o procedimento pelo qual o futuro texto supremo deverá ser aprovado, ou seja, determinando em seu artigo 3º que repito: "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".

Pelo referido dispositivo, o projeto de Constituição — o mesmo projeto — terá que ser votado em 2 turnos, não por votação simbólica, mas em votação real e nominal, posto que só assim se saberá se a maioria absoluta o terá sufragado ou não, nada podendo sobrepor-se ao proceduralismo determinado pela mencionada Emenda. Es-

te é o único procedimento admitido, sendo inelástico, inextensível, inflexível. Em outras palavras, o regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte, mero poder derivado, já que ruptura institucional não houve, não pode contrariar o artigo 3º da E.C. nº 26/85, porque, em o fazendo, pelo princípio da prevalência da norma hierarquicamente superior, formado o conflito, a norma inferior há de se adaptar ao texto de nível maior.

Deve-se lembrar aqui a lição de Frederick D. Wilhelmsen, em "El problema de la trascendencia en la metafísica actual" (Ed. Rialp, 1963), quando distingue o "ser causado" do "ser causa" e conclui que a essência do primeiro não lhe é própria, mas derivada. Assim também a "essência" do Regimento Interno não tem forças próprias, mas hauridas na E.C. nº 26/85. O Regimento, todavia, contrariou a referida Emenda, eis que determina no § 4º do artigo 30 que: "§ 4º: Após a publicação do parecer da Comissão, no Diário da Assembleia Nacional Constituinte, e sua distribuição em avulsos, a redação final será incluída em Ordem do Dia, para votação em turno único, que se fará sem encaminamento, pelo processo simbólico e maioria simples de votos", após declarar no § 3º que: "§ 3º: Havendo emenda de redação, oferecida ao iniciar-se a discussão da redação final, a matéria, uma vez encerrada a sua discussão, voltará à Comissão de Sistematização, que sobre ela emitirá parecer, dentro do prazo de 2 (duas) sessões. Se o parecer for favorável, deverá a Comissão nele oferecer, como conclusão, um novo texto devidamente corrigido".

Em outras palavras, o texto final, aquele que não foi jamais lido por inteiro, será aprovado por votação simbólica e por maioria simples.

Poder-se-á alegar que tal texto, teoricamente, já teria sido aprovado no 2º turno de votação, sendo a nova redação apenas o aperfeiçoamento do discurso constitucional.

Para o intérprete de Direito, todavia, tal singela e superficial colocação é inaceitável na medida em que toda a palavra, na Ciência do Direito, tem densidade própria, não havendo possibilidade de se introduzir qualquer vocábulo ou retirá-lo, a título de obtenção de uma frase mais elegante, sem que reflexos, muitas vezes insuspeitados, decorram de tal postura.

Por esta razão, às interpretações teleológica, sistemática, lógica, histórica une-se a gramatical, cuja relevância, se aliada às demais, termina por ofertar o complexo de princípios hermenêuticos a ser utilizado pelo exegeta.

Ora, o artigo 3º faz menção à discussão e votação em dois turnos de um texto. Só pode ser o mesmo, visto que se houver um texto diferente do primeiro, no segundo turno, este seria aprovado em uma única votação e não em duas. Assim sendo, a única interpretação possível é aquela de que, uma vez firmado um texto definitivo, deverá ele ser levado a duas votações consecutivas e deverá obter 280 votos nominais, pelo menos, em ambas.

Tal é a interpretação ofertada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Celso Ribeiro Bastos na mesa de debates promovida pelo Jornal da Tarde e publicada em 31 de outubro de 1987. E, portanto, de notória inconstitucionalidade o regimento interno ao admitir votação por maioria simples do texto final e uma única votação, por maioria absoluta, de um novo texto no 2º turno, conforme determina o artigo 28, assim redigido:

"Art. 28: Concluída a votação do Projeto, das emendas e dos destaques, a matéria voltará à Comissão de Sistematização, a fim de ser elaborada a redação do vencido, para o segundo turno, no prazo de até 10 (dez) dias." Os autores do Regimento Interno não perceberam que a intenção legislativa para votação de um mesmo texto, em

dois turnos, decorreu da necessidade de sabê-lo aprovado com plena convicção por parte do plenário, visto que, se não modificado na 2ª votação, restará a certeza de que, afastadas as paixões próprias que conformam a deliberação constituinte no momento agudo de seu debate, aquele texto representou a vontade definitiva do Parlamento Constituinte e não uma vontade circunstancial. A intenção legis para a repetição em 2º turno objetivou, exclusivamente, dar segurança ao povo de que seus representantes conseguiram superar as divergências pessoais, ideológicas, conjunturais para o bem da Nação, numa votação já distante das acaloradas discussões anteriores.

Se, por acaso no 2º turno, o texto aprovado no primeiro não for sufragado pela maioria absoluta ou vier a ser alterado, mister se faz recomençar todo processo até que se chegue a um texto menos polêmico. O artigo 3º, portanto, objetivou, em face de se estar escrevendo a Constituição para o futuro do país, não permitir que vaidades pessoais, a veleidade de que é mais importante cumprir os prazos do que fazer um bom texto ou o predomínio das minorias orquestradas terminassem por gerar uma Constituição imperfeita, retrógrada, vazia, desarmoniosa, conflituosa, que só problemas poderia trazer ao País e que terminaria por durar pouco. Por esta razão, o artigo 3º foi claro e, por ser norma constitucional, prevalece, em nível de hierarquia das leis, sobre o Regimento aprovado pela Resolução nº 2.

À nitidez, tal expediente não consta sequer do próprio Regimento e fere ambos, ou seja, o artigo 3º da E.C. nº 26 e o artigo 26 do R.I., que obriga a remessa do projeto original das Comissões e não o substitutivo do Relator, se não aprovado, em uma interpretação sistemática, cuja dicção é a seguinte:

"Art. 26: Findo o prazo estabelecido no § 2º do artigo anterior, o Projeto de Constituição, com ou sem parecer, será incluído em Ordem do Dia, devendo o Rela-

tor, quando for o caso, proferir parecer oral em Plenário", estando o § 2º do artigo 25 assim redigido:

"§ 2º: Encerrada a discussão, o Projeto e as emendas serão enviados à Comissão de Sistematização que terá 25 (vinte e cinco) dias para emitir parecer sobre as emendas".

Por estas e outras razões, houve por bem Manoel Gonçalves Ferreira Filho declarar que a Comissão de Sistematização está fora dos trilhos, o Professor Miguel Reale entender que o Projeto Cabral peca por lacunas e equívocos (OESP, pg. 5, 01/11/87), o Professor Ney Prado de equipará-lo a um monstro (OESP, p. 5, 01/11/87), o Professor Celso Bastos considerar que houve uma usurpação de poderes (JT 31/10/87), o advogado Sobral Pinto falar em "desastre" (OESP, pg. 4, 01/11/87), o presidente da OAB em São Paulo, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, denominá-lo "casuístico" (OESP outubro/87), José de Castro Bigi de desregulador futuro do país (OESP 12/10/87) e muitos outros, tais como Odyr Porto, Dínio de Sanctis Garcia, Paulo de Barros Carvalho, Edvaldo Brito, Toshio Mukai e José Carlos Graça Wagner que, em variadas entrevistas e artigos, formularam gravíssimas acusações ao substitutivo do relator.

Não pretendo discutir o mérito do projeto Cabral, já sobre o mesmo tendo-me manifestado, em artigo publicado na Folha de São Paulo ("Os retrocessos constitucionais do Projeto Cabral", pg. 3, 23/9/87), mas apenas o procedimento criado pelo Regimento ao arripio da E.C. nº 26/85, que o contamina, de forma irreversível, de notória inconstitucionalidade. As normas procedimentais de produção e aplicação do Direito não são de flexível exegese, mas apenas aquelas comportamentais e desde que não representem restrição de direitos. E o artigo 3º da E.C. nº 26/85 é uma norma procedimental de produção do Direito.

Por todo o exposto, concluo a perfunctória análise dizendo:

a) a Câmara dos Deputados e o Senado Federal têm poderes constituintes derivados por força da E.C. nº 26/85;

b) só poderão aprovar um novo texto constitucional, se respeitarem o artigo 3º do referido diploma em toda sua extensão;

c) o artigo 3º exige duas votações do mesmo texto e sua aprovação por maioria absoluta;

d) a votação de um texto diferente, no segundo turno, daquele aprovado no primeiro, fará com que sua aprovação seja em um único turno, com o que não poderá prevalecer, devendo este mesmo texto ser submetido a uma outra votação;

e) o regimento interno é inconstitucional porque não admite a hipótese e prevê votação por maioria simples e simbólica do último texto, sobre permitir a votação em dois turnos de textos diferentes;

f) é inconstitucional, por outro lado, a interpretação ofertada ao Regimento de que se poderá discutir, em plenário, texto estável, cuja partição impede ao constituinte a inteligência harmônica do projeto global. Tal oferta de texto, em parcelas, ao plenário, não está no Regimento Interno e fere o artigo 3º da E.C. nº 26/85;

g) em face do exposto, o plenário deve rejeitar a recepção mutilada do projeto, assim como exigir seja enviado como está o projeto original, arquivando-o ou alterando-o, como é seu "direito-dever", imposto pela E.C. nº 26/85;

h) se pretender apresentar um outro texto deliberativo por completo, poderá fazê-lo por força da E.C. nº 26/85, artigo 3º, não havendo necessidade de submissão ao inconstitucional Regimento Interno;

i) finalmente, tanto um substitutivo eventual quanto o projeto da Comissão de Sistematização só poderão transformar-se em texto constitucional se obtiverem maioria absoluta em dois turnos, sendo, pois, os trabalhos da referida Comissão apenas elemento indicativo das tendências de um pequeno grupo de constituintes, a partir de sua particular — e não necessariamente correta — percepção da opinião dos demais parlamentares.