

ano 15 - n. 60 | abril/junho - 2015
Belo Horizonte | p. 1-308 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - -
– Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I.
Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial
Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clémerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Legitimidade política e compatibilidade constitucional: a recepção pelos juristas das propostas de assembleia constituinte exclusiva para alterar o sistema político

Alexandre Araújo Costa

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, credenciado nos programas de pós-graduação em Ciência Política e em Direito da UnB (Brasília-DF, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Coordenador do Grupo de Pesquisa em Política e Direito. E-mail: <alexandrearcos@unb.br>

Eduardo Borges Araújo

Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (Brasília-DF, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Grupo de Pesquisa “Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporânea” (UFPR). Advogado. E-mail: <eduardo.bfr@me.com>

Resumo: O presente trabalho analisa a recepção pela comunidade jurídica de propostas de convocação de processo constituinte especial para reformar o sistema político brasileiro, possuindo como objetivo principal compreender o papel da teoria constitucional em seu entendimento sobre fenômenos políticos. É realizado um levantamento sobre as críticas formuladas por juristas a propostas de reforma excepcional do texto constitucional a fim de evidenciar a influência da doutrina constitucionalista sobre o discurso jurídico – com especial destaque à categoria do poder constituinte. A pesquisa joga luz na forma como a recepção de um conceito originalmente revolucionário pelo constitucionalismo liberal levou à sua resignificação, deixando de ser elemento legitimador de ruptura da ordem à elemento legitimador de manutenção da ordem, e na função cumprida pelas remissões à teoria constitucional no discurso dos juristas acerca das propostas de assembleia exclusiva para a modificação dos dispositivos constitucionais sobre sistema político, que termina por exigir a adequação da prática política à teoria jurídica. Com isso, ajuda-se a esclarecer como o discurso jurídico contemporâneo, de matriz constitucional, reduz questões de legitimidade política a questões de adequação constitucional, resultando em uma teoria jurídica de papel tipicamente conservadora. Em vez de fomentar a discussão sobre a legitimidade e conveniência de inovações constitucionais destinadas a lidar com os limites do sistema, a doutrina impede o debate ao privilegiar o discurso liberal frente ao discurso democrático. Ao final, evidencia-se a consolidação de uma cultura jurídica que não propõe a articulação entre direito e político, mas a subordinação do discurso político ao discurso jurídico.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Poder constituinte; Reforma política.

Sumário: 1 Introdução – 2 Estratégias de implementação da reforma política – 3 Teoria liberal do poder constituinte – 4 A crítica ao “processo constituinte específico” – 5 Poder Constituinte ilimitado – 6 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Não há dúvidas de que o Brasil necessita de reformas. Essa é uma frase verdadeira, mas trivial. Quem quer que observe o sistema político brasileiro sob um viés crítico será capaz de apresentar várias propostas voltadas a torná-lo mais democrático porque nenhum sistema concreto realiza plenamente quaisquer das concepções de democracia. O processo de definição das estruturas políticas envolve acordos e equilíbrios de interesses que sempre conduzem a modelos híbridos, repletos de tensões e contradições, situação que é acirrada nas democracias porque nelas são ampliados os grupos aptos a influenciar as decisões. Com isso, as instituições políticas incorporam os conflitos que estão em sua origem e o sistema por elas formado assume um caráter provisório, sendo característico das democracias deixar em aberto a possibilidade de revisão, ainda que limitada, de suas estruturas.

A hibridez dos arranjos que conformam os sistemas políticos democráticos causa especial estranhamento aos juristas contemporâneos, acostumados a partir do pressuposto de que, na base do Estado (categoria a partir da qual eles compreendem a ordem política), existe uma ordem sistemática e coerente de princípios jurídicos. O constitucionalismo, teoria jurídica que está na base dessa compreensão, é comprometido com a ideia de supremacia da constituição, o que faz com que a garantia da compatibilidade entre a ordem institucional e a ordem normativa seja percebida como uma necessidade de subordinação da política ao direito, e não como uma necessidade de coordenação.

Existem estudos que indicam que tal subordinação é mais retórica do que real, pois a observação das interações entre instituições políticas (incluindo as judiciais) aponta para padrões de coordenação, descritos metaforicamente como diálogos institucionais.¹ Além disso, discursos “leves” de subordinação deixam um grande espaço para a coordenação, como é o caso das teorias que estabelecem requisitos rigorosos para justificar a intervenção judicial em decisões parlamentares e executivas. Nas perspectivas com autocontenção judicial intensa, a subordinação à constituição não implica uma subordinação à interpretação judicial e, conseqüentemente, às concepções políticas dominantes na cúpula do poder judiciário. Porém, as vertentes hegemônicas do (neo)constitucionalismo contemporâneo estão mais vinculadas a perspectivas ativistas, que exigem dos juizes a máxima efetividade dos textos constitucionais e, com isso, conduzem a um fortalecimento da ideia de que o poder judiciário deve ter a última palavra nas questões políticas.²

A atual intensificação do ativismo judicial acirra as tensões decorrentes dos princípios que organizam os discursos e as práticas judiciais e legislativas. Enquanto os juristas constroem sistemas a partir do imperativo de coerência normativa, os legisladores constroem estruturas normativas a partir de uma coordenação de interesses tipicamente

¹ Cf. FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

² Cf. BENVINDO, J. Z. *A prosaic reading of constitutional moments*. fev. 2014. Trabalho inédito.

envolvendo soluções de compromisso que fazem concessões a lógicas distintas. Tal fenômeno dificulta a leitura da ordem normativa como concretização de um conjunto coerente de princípios e propicia que os juristas considerem essa incoerência como um defeito a ser enfrentado, visto que, como ressalta Norberto Bobbio, o direito opera com base em uma pressuposta “regra de coerência” que exige a eliminação das antinomias porque a unidade do sistema jurídico é entendida como “condição para a justiça do ordenamento”.³

Conforme Viehweg, os juristas usualmente adotam uma abordagem tópica, resolvendo questões concretas a partir de alguns lugares argumentativos selecionados pela sua capacidade de justificar retoricamente os posicionamentos que se deseja sustentar.⁴ Embora a coerência seja um topos argumentativo relevante, ela tem a peculiaridade de fazer referência a um sistema cuja elaboração ultrapassa os limites do raciocínio tópico, visto que sua elaboração exige o esforço hermenêutico de interligar as soluções pontuais produzidas na prática interpretativa e produzir com elas um conjunto unificado de normas e conceitos. O dogma da coerência exige que os juristas hipostasiem o ordenamento jurídico, tratando as teorias dogmáticas como discursos voltados a revelar o direito em sua sistematicidade, e não como um esforço constante de sistematização, voltado a orientar os processos de tomada de decisões jurídicas por meio da instituição de mecanismos capazes de assegurar previsibilidade e estabilidade à aplicação do direito.⁵ Embora possa reconhecer vários dos desafios envolvidos nesse processo, o discurso dogmático contemporâneo é comprometido com a tese de que as dificuldades interpretativas são sempre contornáveis porque o caráter (pretensamente) sistemático do direito possibilita que uma atividade hermenêutica adequada conduza os intérpretes a oferecer respostas corretas a todos os casos relevantes.

Para a dogmática, relevantes são os conflitos judicializáveis, ou seja, aqueles que são passíveis de serem decididos de forma heterônoma pela jurisdição estatal. Como ressalta Kelton Gomes, no início do séc. XX, a atuação judicial era praticamente circunscrita à sua missão tradicional de aplicar o direito civil e o direito penal, de modo que os magistrados julgavam atos praticados pelos indivíduos, e não pelo Estado.⁶ Embora o regime do contencioso administrativo tenha sido extinto com a proclamação da República, que aboliu a distinção entre um poder administrativo e um poder judicial, foi gradual a consolidação da ideia de que cabia ao judiciário realizar um controle autônomo da legalidade dos atos administrativos e o correspondente abandono da perspectiva segundo a qual a defesa da sociedade contra a atuação ilegal do Estado deveria ser realizada no seio da própria administração pública. O controle judicial dos atos administrativos abriu espaço para que o judiciário viesse a realizar um efetivo judicial review dos atos legislativos, consolidando-se

³ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 113.

⁴ Cf. VIEHWEG, T. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Ministério de Justiça, 1979.

⁵ Cf. FERRAZ JR., T. S. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: RT, 1980.

⁶ Cf. GOMES, Kelton de O. Em defesa da sociedade? 107 p. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UnB, Brasília, 2015. p. 41.

em meados do séc. XX um sistema de controle de constitucionalidade que operou em um regime de autocontenção judicial durante décadas, mas que passou a incorporar níveis crescentes de ativismo após a redemocratização consolidada pela edição da Constituição de 1988.

No final do séc. XX, o acirramento do ativismo judicial não foi uma peculiaridade brasileira, mas tratou-se de um movimento mais amplo, batizado de judicialização da política no trabalho seminal de Tate e Vallinder.⁷ Vários dos protagonistas dessa ampliação dos conflitos sociais resolvidos pelo modelo jurisdicional são constitucionalistas que acreditam na reforma social por meio da ação judicial⁸ e defendem sua vinculação a um projeto de efetivação da constituição por via interpretativa. Uma das faces mais evidentes da “judicialização” foi o fortalecimento dos discursos constitucionalistas, que passaram a ser utilizados como parâmetro de solução de uma série de questões sociais relevantes, especialmente no campo da organização política. Nesse processo, várias questões que *prima facie* tenderiam a ser enfrentadas por meio de argumentos políticos voltados a promover uma coordenação de interesses, passaram a ser enfrentadas por meio de argumentos de princípio, o que implica solucioná-las com base em imperativos de sistematicidade que adotam como parâmetro a conformação ao sistema normativo e à teoria constitucional.

O problema político ligado a essa abordagem é que não existem motivos suficientes para pressupor que a solução política mais legítima é também a solução mais adequada ao sistema jurídico. Essa tensão entre legitimidade política e compatibilidade constitucional normalmente passa despercebida pelo constitucionalismo porque essa perspectiva jurídica é comprometida com o dogma de que os princípios constitucionais são os únicos parâmetros adequados para a aferição da legitimidade de um ato político. Uma vez que os discursos constitucionalistas reduzem a legitimidade à constitucionalidade, o caráter vago e lacunoso das previsões constitucionais apresenta-se como um obstáculo à pretensão de completude do sistema constitucional. A principal estratégia de superação dessa dificuldade é a adoção de uma perspectiva sistêmica que viabilize ampliar o alcance da ordem constitucional a partir de uma hermenêutica principiológica que não mais apresenta o constitucional como um projeto político que deveria orientar a produção legislativa, e sim como um sistema de normas que podem ser aplicadas diretamente às situações concretas. Nesse contexto, ganha relevância a operação de concretização, a partir da qual os juristas densificam pautas constitucionais genéricas até o ponto em que possam servir como critérios suficientes para justificar a decisão de situações concretas altamente complexas. Essas abordagens tendem a ressaltar que a constituição não pode ser reduzida ao texto constitucional, defendendo a necessidade de que ela seja identificada com o sistema constitucional reconstruído pela teoria, o que justifica a atribuição validade jurídica a

⁷ Cf. VALLINDER, T. The Judicialization of Politics – A Worldwide Phenomenon. *International Political Science Review*, v. 4, n. 2, 1994.

⁸ Cf. POSNER, R. Against constitutional theory. *New York University Law Review*, v. 73, n. 1, 1998.

conceitos, normas e valores que a teoria considera implícitas nos textos.

Essa incorporação da teoria constitucionalista ao próprio direito constitucional, que tem sua expressão mais clara na expansão de juízos de ponderação baseados no princípio implícito da proporcionalidade, conduz ao estabelecimento de uma espécie de *non liquet* constitucional que veda aos juristas a possibilidade de reconhecer que nem todas as questões concretas podem ser resolvidas diretamente com base nos princípios constitucionais. Nesse contexto, as questões políticas (qual é o sistema político que o Brasil deveria ter?) são convertidas em questões interpretativas (qual é o sistema político que a Constituição determina?) de solução difícilíssima, mas possível, desde que os princípios sejam interpretados de forma adequada. A justificação desse processo de judicialização da política exige o desenvolvimento de discursos constitucionalistas cada vez mais genéricos e abstratos, capazes de justificar retoricamente a possibilidade de resolver uma gama infinita de conflitos com base em um conjunto relativamente restrito de previsões abstratas, cuja aplicação ao caso concreto depende de um exercício hermenêutico de concretização. Esse tipo de abordagem foi duramente criticado por Richard Posner, pois a construção de tais parâmetros não leva devidamente em conta as complexidades e particularidades das matérias que são resolvidas com base nesses critérios gerais.⁹

No caso das interpretações judiciais acerca do sistema político, a tendência de considerar que os imperativos de coerência sobrepõem-se às próprias decisões políticas articuladoras de interesses tem gerado fortes tensões entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, cujos principais exemplos foram as decisões judiciais que determinaram, por razões sistêmicas, modificações nas estruturas das coligações e na distribuição dos cargos proporcionais vacantes. Assim procederam o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ao determinar a verticalização das coligações partidárias com fundamento em um suposto princípio da coerência, levando o Congresso Nacional a promulgar com peculiar rapidez a EC nº 52/2006, a fim de reinstaurar a liberdade de coligações a tempo das eleições de 2006. Deve-se atentar que, por mais que a hibridéz do sistema político seja percebida pelo discurso jurídico como um problema a ser resolvido mediante procedimentos interpretativos que anulem as contradições, sistemas baseados em princípios conflitantes podem ser plenamente funcionais, visto que eles “apresentam sucessivas e graduais adaptações que podem criar uma lógica funcional por cima de um arcabouço institucional formado em virtude de razões históricas já superadas”.¹⁰ Não obstante, é forte o discurso institucionalista que indica que as limitações do sistema político brasileiro poderiam ser superadas por meio de uma reestruturação normativa – em especial, por uma reforma política.

A presença constante do tema da reforma não deve causar surpresa, pois como

⁹ Cf. POSNER, R. *Against constitutional theory*. *New York University Law Review*, v. 73, n. 1, p. 1-22, 1998.

¹⁰ Cf. AMORIM NETO, O.; CORTEZ, B. F.; PESSOA, S. DE A. *Redesenhando o Mapa Eleitoral do Brasil*. *Opinião Pública*, v. 17, n. 1, jun. 2011.

acentua Paul Kahn, a reforma tem um lugar central em nossa cultura política e jurídica, sendo típico que os juristas se perguntem sempre: “materializaríamos mejor la norma del Estado de derecho adoptando alguna de esas variaciones institucionales?”¹¹ Apesar de serem recorrentes propostas de reforma do sistema político, as diversas iniciativas terminaram por gerar resultados praticamente nulos, contribuindo para isso o fato de que a convergência do diagnóstico não é acompanhada por um consenso razoável com relação a quais métodos terapêuticos devemos utilizar, especialmente sobre a utilidade e a forma adequada das propostas de convocação de uma constituinte exclusiva. As propostas nº 193/2007 e nº 384/2009 já foram arquivadas, ao passo que a proposta nº 276/2013 aguarda designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Além das divergências quanto às estratégias mais adequadas, cabe ressaltar que toda proposta de reforma enfrenta imensa resistência tanto no nível dos detentores de mandato quanto dos partidos e coligações, pois todos esses atores foram selecionados pelo modelo eleitoral que se busca alterar. Como acentua Cláudio Couto, a proposta de convocar uma constituinte exclusiva “decorre da percepção de que reformas políticas não ocorrerão pelas mãos dos próprios políticos”,¹² pois cada grupo ou indivíduo tipicamente apresenta uma reforma que aumenta ou, ao menos, assegura o seu poder, mas inviabiliza qualquer iniciativa que possa impactar negativamente em sua influência política. Essa é uma dificuldade que afeta com especial intensidade as propostas de alteração de disposições constitucionais sobre matéria eleitoral, tendo em vista que o quórum de aprovação de emendas permite que grupos minoritários obstem mudanças como a extinção do Senado, o voto distrital misto ou o voto facultativo.

2 Estratégias de implementação da reforma política

Apesar dessa estabilidade do sistema político-eleitoral, que tem se mantido a despeito das variadas críticas, existe na opinião pública um grave sentimento de insatisfação com o sistema político brasileiro, de tal maneira que “a reforma política surge como se fosse um imperativo jamais enfrentado pela sociedade e pelo Congresso – e, conseqüentemente, como símbolo de uma suposta letargia institucional que explicaria, em boa medida, as nossas mazelas”.¹³ A percepção do descontentamento popular, somada à percepção da inércia institucional, faz com que aflorem constantemente propostas no sentido de ser preciso superar a letargia por meio de duas estratégias. A primeira, que nor-

¹¹ KAHN, P. *El análisis cultural del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2001. p. 14.

¹² COUTO, Cláudio G. *Alarmismo infundado*. Folha de São Paulo, 4 set. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/JcIISY>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

¹³ Cf. AMORIM NETO, O.; CORTEZ, B. F.; PESSOA, S. DE A. *Redesenhando o Mapa Eleitoral do Brasil: uma proposta de reforma política incremental*.

malmente é tematizada em termos de revisão constitucional, aponta para a necessidade de fortalecer o princípio majoritário, reduzindo o poder de veto das minorias para que seja possível implementar mudanças na ordem constitucional. A segunda, normalmente tematizada como uma assembleia específica, é a convocação de uma assembleia específica, para que essas decisões possam ser tomadas por representantes do povo que não integram o congresso nacional.

Essas duas estratégias, por vezes, vêm combinadas, com a ideia de convocação de uma assembleia constituinte (ou revisora) que poderia alterar as regras do sistema político por maioria absoluta. Por vezes, as estratégias são isoladas, seja para resguardar a posição dos parlamentares (com a proposta de conferir ao Congresso Nacional poderes de revisão constitucional por maioria absoluta) ou por meio de assembleias específicas que decidiriam por maioria qualificada de 3/5. Essa combinação de elementos gera propostas heterogêneas e posicionamentos nos quais, como bem nota Leonardo Barbosa, existe uma sobreposição entre os termos revisão e constituinte, especialmente desde que o sentimento de fracasso da revisão constitucional de 1993-1994 deu margem a uma série de tentativas de alteração simplificada do texto constitucional.¹⁴

No contexto brasileiro, as propostas ligadas a uma nova revisão constitucional apontam para uma suspensão temporária e materialmente limitada, das regras disciplinadoras do processo de emenda constitucional, o que parece incompatível com o texto, na medida em que esse procedimento é entendido como cláusula pétrea implícita. Já as propostas ligadas a uma assembleia exclusiva apontam para a possibilidade de delegação de poder de emenda a uma instituição que não está prevista no próprio texto constitucional, o que também parece soar incompatível com o texto, especialmente porque a teoria constitucional normalmente rejeita a possibilidade de delegações legislativas sem expressa autorização constitucional. Apesar disso, propostas de emenda constitucional em algum desses sentidos são uma rotina no panorama político ao longo dos últimos vinte anos.

Entre as propostas de atribuição de poderes de revisão específicos ao Congresso Nacional, destacou-se a PEC 554/1997, apresentada pelo dep. Miro Teixeira (PDT-RJ), permitindo alterações por maioria absoluta nos artigos 14, 16, 17, 21 a 24, 30, 145 a 162 e conexos da Constituição Federal. Essa proposição foi posteriormente apensada à PEC 157/2003, apresentada pelo dep. Luiz Carlos Santos (PFL/SP), e à PEC 447/2005, apresentada pelo dep. Alberto Goldman (PSDB/SP), ambas voltadas a implementar uma ampla revisão constitucional pelos próprios parlamentares, o que mostra a persistência desse posicionamento político, cabendo destacar que todas essas propostas de revisão ampla foram apresentadas por deputados de oposição, o que contraria a ideia vigente de que o interesse nesse tipo de estratégia é sempre da base governista. Também na linha

¹⁴ BARBOSA, L. A. *Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil pós-64*. 409 p. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UnB, Brasília, 2009. p. 287.

das propostas voltadas a promover uma revisão constitucional pelo Congresso foi a PEC 193/2007, do dep. Flávio Dino (PCdoB/MA), que se diferenciou ao propor que essa revisão deveria ser autorizada por meio de plebiscito e que deveria cingir-se a temas de Organização dos Poderes e de Tributação e Orçamento.

Já a PEC 384/2009, apresentada pelo dep. Marco Maia (PT/RS), concretizava uma proposta que foi publicamente sustentada por seu partido em 2007, quando do Terceiro Encontro Nacional do PT e indicou que “a reforma política não pode ser um debate restrito ao Congresso Nacional, que já demonstrou ser incapaz de aprovar medidas que prejudiquem os interesses estabelecidos dos seus integrantes” e, por isso, o “Partido dos Trabalhadores defende que a reforma política deve ser feita por uma Constituinte exclusiva, livre, soberana e democrática”.¹⁵ Essa estratégia, voltada a deslocar o fórum de decisão para fora do Congresso Nacional, tendo em vista que “a revisão ficaria particularmente protegida da influência de interesses político-eleitorais imediatos, até porque os candidatos a parlamentar constituinte deverão abrir mão de candidaturas a quaisquer cargos dos poderes Legislativo ou Executivo”.¹⁶

Essa proposta do PT provocou variadas reações, inclusive do então deputado e atual vice-presidente Michel Temer, que considerava que tal proposta era inadequada tanto porque afastava a participação dos parlamentares quanto porque “Não vivemos um clima de exceção e não podemos banalizar a ideia da constituinte, seja exclusiva ou não”.¹⁷ Essa posição, inclusive, é compatível com a defesa que Temer fez em 1997, enquanto presidente da Câmara dos Deputados, de que seria constitucional que um plebiscito atribuísse poderes revisores ao Congresso Nacional,¹⁸ o que indica que se trata mais de uma afirmação da competência do Legislativo do que de uma rejeição da possibilidade de um processo revisor especial.

Em 2010, José Afonso da Silva apresentou argumentos contrários a tal convocação por argumentos ligados mais diretamente à teoria jurídica, sustentando que o processo de emendas é, “hoje, único meio legítimo para reformar a Constituição. Fora dele é fraude, porque aí se prevê simples competência para modificar a Constituição existente, competência delegada exclusivamente ao Congresso Nacional pelo poder constituinte originário, que não o autorizou a transferi-la a outra entidade. Se o fizer, comete inconstitucionalidade insanável”.¹⁹ Em 2011, Luis Roberto Barroso explorou outra faceta desse debate, indicando que “a teoria constitucional não conseguiria explicar uma constituinte

¹⁵ PARTIDO DOS TRABALHADORES, Resolução do 3º Congresso do PT (2007) sobre Reforma Política e Constituinte. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1b2vDCT>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

¹⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição n.º 384, de 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/18AZK2u>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

¹⁷ TEMER, Michel. 2007. Não à constituinte exclusiva. Folha de São Paulo, 4 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1xdmA6G>>. Acesso em: 11 mar. 2015.

¹⁸ BARBOSA, L. A. Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil pós-64. p. 288.

¹⁹ SILVA, José A. da. Nova Constituinte deve ser barrada pelo STF. Consultor Jurídico, 4 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1AkgqBZ>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

parcial” porque o poder constituinte é soberano e, portanto, “ninguém pode convocar um poder constituinte e estabelecer previamente qual é a agenda desse poder constituinte”.²⁰

A combinação de argumentos de natureza política, sobre a conveniência e a oportunidade da proposta, e de natureza jurídica, sobre a compatibilidade entre as propostas e a ordem constitucional, conduziu a respostas preponderantemente contrárias a essas tentativas de flexibilização das regras de emenda. Porém, mesmo que todas elas tenham fracassado, elas estiveram presentes no cenário ao longo desses 20 anos que sucederam o pífio resultado do processo de revisão constitucional previsto no texto originário. Não deve, portanto, causar espanto que, na esteira dos protestos que tomaram as principais ruas e avenidas naquele momento, a presidente Dilma Rousseff tenha retomado esse tipo de iniciativa, propondo no dia 24 junho de 2013 “um debate sobre a convocação de um plebiscito popular que autorize o funcionamento de um processo constituinte específico para fazer a reforma política que o país tanto necessita”.²¹ Essa foi uma curiosa formulação da proposta, pois a ambiguidade da expressão “processo constituinte específico” permite englobar tanto a proposta de assembleia exclusiva como a proposta de um congresso revisor e, com isso, tal proposta conseguiu aglutinar contra si as críticas tipicamente voltadas aos dois modelos de simplificação do processo de emenda.

Em 2013, as reações da comunidade jurídica novamente mesclaram aspectos de conveniência política com argumentos de (in)viabilidade técnica da proposta, sendo que vários juristas sustentaram a inviabilidade da proposta por ela contrariar a teoria constitucional hegemônica. Uma posição que esclarece muito bem essa perspectiva foi a defendida por Eneida Salgado, Emerson Gabardo e Daniel Hachem, dois dias depois da apresentação da proposta presidencial:²²

Dentro do quadro constitucional brasileiro em vigor só há, portanto, duas formas de se modificar as decisões político-jurídicas fundamentais incorporadas pela Lei Maior: (i) a aprovação de propostas de emendas à Constituição, que lhe modifiquem parcialmente, por representantes democraticamente eleitos para tanto e de acordo com o regramento costurado no próprio tecido constitucional; ou (ii) o processo de elaboração de um novo pacto constituinte, fundante de uma ordem jurídica integralmente renovada, quando o povo deixar de enxergar no sistema vigente as suas mais abalizadas aspirações.

A repercussão da proposição na sociedade brasileira, especialmente nos meios jurídicos, foi forte, e logo no dia seguinte o ministro da educação Aloísio Mercadante

²⁰ MIGALHAS. Barroso fala em entrevista sobre constituinte e reforma política. Migalhas, 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1EcdwEi>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

²¹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Dilma propõe plebiscito para reforma política. Disponível em: <<http://goo.gl/1ZMigY>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

²² SALGADO, E. D.; GABARDO, E.; HACHEM, W. Política para quem não quer só comida. Disponível em: <<http://goo.gl/QvrrgD>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

anunciou em entrevista coletiva que o governo havia desistido da proposta de instituir a referida assembleia exclusiva e que iria propor um plebiscito sobre a reforma política, e não a convocação e uma assembleia. Não obstante, algumas vozes defenderam a possibilidade da convocação, como o próprio Luis Roberto Barroso, que afirmou ter sido sempre “a favor de uma Constituinte específica, que possa tratar de temas específicos como, por exemplo, uma reforma política”.²³

O presente artigo não pretende fazer um mapeamento exaustivo dessas respostas e menos ainda pretende indicar quem tem razão neste debate. O que nos interessa no presente texto é identificar o modo como essa reação evidencia o papel cumprido pela teoria constitucionalista na compreensão dos juristas sobre a política. Em especial, propomos uma reflexão sobre o modo como a discussão sobre a constitucionalidade de uma proposta política baseada na afirmação de certas limitações da atual ordem constitucional pode operar uma redução da legitimidade à constitucionalidade capaz de despolitizar o discurso dos juristas. Discutir a presente proposta em termos estritos de uma avaliação de constitucionalidade pode se assemelhar a discutir a desobediência civil em termos estritos de uma avaliação de legalidade e, em ambos os casos, a conclusão tende a ser a de que a ordem jurídica (inclusive a constitucional) veda a sua realização. Tal redução do discurso político ao jurídico tende a desconsiderar os elementos de esgotamento e de limitação que orientam o debate sobre a assembleia exclusiva, e as reflexões contidas neste artigo são voltadas a explorar o modo como essa juridicização despolitizadora opera no discurso constitucional.

Como a resposta dos juristas normalmente está articulada em termos da categoria de “poder constituinte”, será realizada inicialmente a reconstrução panorâmica da teoria do poder constituinte, mostrando como o conceito surgiu e quais os papéis políticos por ele desempenhados. O desenho do contexto teórico é imprescindível para abordar a forma como as críticas à Constituinte Exclusiva se apropriam dessa categoria – é este o núcleo do presente trabalho. Por fim, será analisado o sentido da crítica da Assembleia Constituinte Exclusiva ser impossível por ser incompatível com a teoria constitucional, jogando luz sobre o fetichismo cultivado em torno do constitucionalismo liberal e de sua organização de Estado.

3 Teoria liberal do poder constituinte

A categoria de poder constituinte deve ser entendida em função das transformações conceituais e políticas envolvidas (i) na formulação do conceito de poder soberano no séc. XVI, (ii) de sua transição para uma soberania nacional e depois popular no séc. XVIII, (iii) da elaboração por Sieyès da teoria do poder constituinte como forma de justifi-

²³ UOL. Governo desiste de constituinte, mas mantém ideia de plebiscito sobre reforma política. Disponível em: <<http://goo.gl/avkf4r>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

car a legitimidade da inovadora instituição da Assembleia Constituinte e, por fim, (iv) da reapropriação conservadora do poder constituinte como categoria constitucional ligada à limitação do exercício da soberania popular.

Nas teorias políticas da modernidade, o processo de concentração do poder político nas mãos do monarca foi compreendido por meio do conceito de soberania, desenvolvido especialmente nas obras de Bodin²⁴ e Hobbes.²⁵ Inicialmente, a soberania foi entendida como atributo de monarcas que, por serem dotados de um poder soberano, tinham uma prerrogativa que já não era “como para os reis da Idade Média, jurisdicional, mas legisladora”.²⁶ Essas teorias acentuavam o caráter *legibus solutus* dos reis, que não poderiam ter obrigações legais nem contratuais com seus súditos, o que representava uma ruptura com a ordem política medieval, em que a unidade política era formada por uma rede de coordenação entre senhores feudais, unidos por contratos de suserania/vassalagem que estabeleciam relações de lealdade e deveres recíprocos de proteção.

A nova ordem centralizada substituiu os padrões medievais de coordenação por uma subordinação de todos ao monarca, justificada ideologicamente pelo mito de um contrato social por meio do qual cada um dos celebrantes abria mão de sua liberdade em benefício de uma pessoa jurídica que se tornou soberana por ser a única autoridade política com legitimidade para impor direitos e obrigações, inclusive com poder para modificar o direito consuetudinário de caráter tradicional. Esse modelo de organização não se impôs na Grã-Bretanha, especialmente porque o equilíbrio de poderes entre o rei e a nobreza impediu que o monarca concentrasse poderes suficientes para impor aos barões a sua autoridade, o que viabilizou a consolidação da tese de que, embora o rei não estivesse submetido a nenhuma autoridade superior, ele era tão sujeito ao Common Law como os demais nobres. Essa concepção foi posteriormente desenvolvida por John Locke, que postulou a limitação dos poderes do governante, cujos poderes legislativos não deveriam modificar os direitos naturais, expressão que na prática designava os direitos tradicionalmente reconhecidos aos cidadãos ingleses.²⁷

A afirmação de direitos acima do poder dos governantes não deve ser entendida, portanto, como uma criação inovadora da modernidade, mas como uma releitura de elementos da concepção medieval. Foi neste contexto que aflorou o constitucionalismo contemporâneo, perspectiva que deixou de limitar o poder dos governantes por meio de referências ao direito tradicional/natural, mas que passou a organizar o poder político mediante uma legislação com autoridade superior à do próprio governo. Mas como o governo não poderia fazer uma lei superior a ele próprio? Não era possível justificar a supremacia das novas constituições e de suas inovações institucionais (poderes limita-

²⁴ Cf. BODIN, Jean. *Six Books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell, 1955.

²⁵ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Adelaide: The University of Adelaide Library, 2014.

²⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 23.

²⁷ Cf. LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre O Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

dos, judiciários independentes, parlamentos com função legislativa, etc.), com base na afirmação dos direitos tradicionais do liberalismo. Foi para preencher esse vácuo que se desenvolveu uma estratégia inovadora de legitimação dos governos: a paradoxal ideia de soberania popular, cuja formulação teórica remonta à obra de Jean Jacques Rousseau.

Rousseau retomou a noção clássica da soberania como poder absoluto, mas em vez de radicar esse poder no governante, ele identificou no próprio povo o titular desse direito ilimitado de auto-organização.²⁸ A soberania encontraria sua fundamentação no “procedimento contratual segundo o qual a multidão, unanimemente, substitui as vontades particulares pela vontade geral: a essência da soberania se identifica, então, com a vontade geral”.²⁹ Com isso, a soberania manteve as características que lhe eram atribuídas por Hobbes e Bodin, inclusive a indelegabilidade, o que inviabilizaria considerar legítima a possibilidade de que um corpo de representantes falasse em nome do soberano.³⁰

A tentativa constitucionalista de combinar uma soberania popular de matriz rousseauiana com uma supremacia da tradição de matriz liberal conduziu a uma grande tensão interna, pois, nas palavras de Fioravanti, “a Constituição temia a soberania popular e o povo soberano temia a Constituição”.³¹ O constitucionalismo considerava o governo popular um risco à ordem constitucional e ao vínculo de obediência política entre governantes e governados, sendo neste ponto fiel ao elemento aristocrático da tradição liberal inglesa. Como bem identificou Hannah Arendt,³² o processo de independência dos EUA promoveu a recusa da autoridade da metrópole, mas não envolveu uma ruptura dos modelos subjacentes de organização social, fato que levou o constitucionalismo dos EUA a manter uma arquitetura semelhante à da ordem política inglesa, alterando apenas o fundamento místico de sua autoridade.³³

Nos EUA, os *founding fathers* não foram considerados como detentores de autoridade para vincular o *we the people*, nem para falar em nome dele. A Convenção de Filadélfia não poderia estabelecer uma nova ordem e limitou-se a apresentar uma proposta à aprovação popular soberana. No contexto da revolução americana, a noção de soberania não foi acompanhada pelo conceito de poder constituinte, categoria esta que foi desenvolvida no contexto da Revolução Francesa para contornar uma dificuldade teórica que parecia intransponível: se uma nação soberana não pode delegar sua soberania a ninguém (seja a uma pessoa ou a uma assembleia), como seria possível justificar o poder constituinte da Assembleia Nacional? A resposta canônica a esse problema foi desenvolvida por Emmanuel Sieyès ao defender que a nação poderia delegar poder constituinte (ou seja, poder de estabelecer um novo texto constitucional) a uma assembleia, sem com isso

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 33.

²⁹ GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. p. 180.

³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 73.

³¹ FIORAVANTI, M. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001. p. 103.

³² ARENDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 47-52.

³³ DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Martins Fontes: São Paulo, 2010. p. 25.

perder sua soberania. Sieyès não contestava o caráter constitucional da ordem vigente, pois esse era justamente o seu argumento para negar poder absoluto ao monarca. Seu desafio era explicar de que modo a própria nação (e não o monarca que falava em seu nome) poderia mudar a constituição, e sua proposta foi a de que a nação francesa poderia eleger representantes que teriam um mandato específico para refundar a sociedade política, rompendo a constituição consuetudinária vigente.³⁴

A nação permaneceria soberana antes, durante e depois do processo constituinte, tendo em vista que o poder constituinte se esgotaria no momento da publicação da nova constituição. A mutação constitucional precisava ser justificada diretamente na soberania, e a possibilidade de delegar poder constituinte a uma Assembleia passou a ser entendida como uma das manifestações da própria soberania popular, e não como uma negação dessa própria soberania. O deslocamento iluminista da soberania estatal para a soberania popular não conduziu a uma revisão dos atributos da soberania, pois o poder soberano continuou sendo tratado como um poder absoluto e eterno, fosse a sua titularidade atribuída ao Estado, ao povo ou à nação.

Não havia paradoxos nessas teorias da soberania justamente porque ela era concebida em termos absolutos. Entretanto, a tentativa constitucionalista de combinar a tradição liberal inglesa com a concepção democrática francesa conduziu aos paradoxos ligados à afirmação de uma soberania limitada. No discurso constitucionalista, a soberania popular sofre uma profunda alteração conceitual, deixando de ser um poder de autogoverno para tornar-se apenas um fundamento do poder. “É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em fazer o que se quer”.³⁵ A soberania popular representava um risco para liberdade política, e por isso a tradição liberal a concebia apenas de “maneira limitada e relativa”,³⁶ tornando-se canônica a ideia de que era necessário limitar o poder pelo próprio poder, visto que “uma Constituição pode [e deve] ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite”.³⁷ Juridicamente, essa concepção se cristalizou na tese constitucionalista de que a soberania encontra seus limites na Constituição, cuja função seria garantir a obediência do Estado aos princípios republicanos da liberdade, da ordem e da felicidade humana.

Nas atuais democracias constitucionais, a soberania popular manifesta-se apenas na escolha dos governantes e, logo, apresenta-se como ferramenta de legitimação das instituições políticas. A soberania popular e a vontade geral são instrumentalizadas por meio da representação política, cujo condão é transformar o “governo do povo” em um “gover-

³⁴ COSTA, Alexandre A. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. *Teoria & Sociedade*, Belo Horizonte, UFMG, n. 19, v. 1, jan./jun. 2011. p. 186.

³⁵ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 166.

³⁶ CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 11.

³⁷ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. p. 166-167.

no autorizado pelo povo”.³⁸ O deslocamento de sentido no conceito da soberania popular, que deixa de representar um poder de autogoverno e passa a compreender uma autorização ao governo, foi realizada pelos teóricos constitucionalistas do século XVII, que, a exemplo de Montesquieu e Constant, “[...] tentaram estabelecer um governo limitado fundado em uma soberania ilimitada e estruturado por uma lei suprema”.³⁹ O paradoxo emerge da submissão do governo tanto à supremacia do povo e quanto à supremacia da lei. Para não enfrentar possíveis conflitos entre a vontade geral e as leis constitucionais, o constitucionalismo moderno viu-se obrigado a demonstrar que ambas as supremacias são, no final das contas, uma só supremacia.

Nesse esforço teórico, o constitucionalismo estabeleceu uma relação tautológica entre vontade geral e lei: o povo manifesta-se soberanamente apenas na promulgação da constituição e a constituição apresenta-se como única manifestação soberana do povo. Esta circularidade afasta a legitimidade de qualquer manifestação não intermediada pelas instituições definidas no próprio texto constitucional e coloca a soberania popular, a um só tempo, como fundamento e objeto do ordenamento constitucional.⁴⁰ A categoria é adotada com finalidade contrária à que lhe atribui Sieyès: “Não se trata de liberar a potência da soberania nacional em face aos limites de uma dada constituição histórica, mas de contribuir para a anulação prática da própria noção de soberania como poder absoluto”.⁴¹ No discurso do constitucionalismo liberal, o poder constituinte presta-se à afirmação da soberania da constituição em detrimento da soberania do povo, possibilitando um maior controle jurídico sobre o exercício do poder político.

Ao reduzir a soberania ao poder constituinte e, logo em seguida, reduzir o poder constituinte à promulgação da constituição, o discurso liberal converte a soberania em mito fundador e legitimador com o fim de afastá-la da prática constitucional efetiva. É somente retratando o poder constituinte como um fato histórico isolado que a dogmática consegue enfrentar sua natureza absoluta. Ao não admitir institucionalização, o poder constituinte não encontra espaço na ordem constituída e somente pode ser localizado no passado. Argumentos que desafiam as regras constitucionais a partir da soberania popular são desqualificados pelo constitucionalismo como insuficientes para justificar alterações naquela que foi a verdadeira manifestação da soberania popular: a vitória da revolução e a promulgação da constituição. “O poder constituinte, assim, fica represado no passado, no momento em que a constituição foi feita. No presente, a sua invocação é sempre considerada como inconstitucional e, portanto, inválida”.⁴²

³⁸ SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. Paraná Eleitoral, Curitiba, Tribunal Regional Eleitoral, v.1, n.1, 2012. p. 26.

³⁹ COSTA, Alexandre A. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. p. 184.

⁴⁰ COSTA, Alexandre A. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. p. 182.

⁴¹ COSTA, Alexandre A. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. p. 195.

⁴² COSTA, Alexandre A. O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada. p. 198.

4 A crítica ao “processo constituinte específico”

Embora tenha adotado retoricamente a tese da soberania popular, o constitucionalismo praticamente anulou a possibilidade dos movimentos populares, ainda que majoritários, alterarem legitimamente a ordem instituída. Mesmo no caso de regras que podem ser modificadas, o processo de emenda é tão complexo que sua operacionalização demanda um elevado grau de consenso ou, ao menos, uma mobilização hercúlea de influência política. Porém, se considerarmos que a capacidade de organização e mobilização das elites políticas é muito efetiva, o rigor dos procedimentos de emenda obsta a introdução de alterações que impliquem uma modificação substancial da ordem social. Esse fato não resulta de uma distorção do regime constitucional, mas do funcionamento regular de uma estrutura constitucional pensada para acoplar governo popular com poder de veto das minorias, combinação que deveria ser capaz de proteger, a um só tempo, o bem comum e os direitos individuais frente ao perigo de eventuais grupos majoritários defenderem os seus próprios interesses, em vez de garantirem os interesses gerais da comunidade política. Seguindo a trilha de John Locke, James Madison afirmara que o governo é instituído para proteger as propriedades de toda e qualquer natureza, aqui compreendidos não só os bens titularizados por um indivíduo, mas tudo que lhe diga respeito.⁴³

A prática dos governos constitucionais limitou a participação dos cidadãos ao momento das eleições de tal forma que foi esse regime que os teóricos do século XX terminaram por chamar de democracias.⁴⁴ Um governo em que o povo não governa, mas apenas elege os seus governantes, esgotando nesse ato formal sua participação política. Realiza-se, na prática, as diretrizes da teoria das elites políticas. Nesse mesmo sentido aponta o discurso constitucionalista, que trata o povo como titular do poder constituinte e tende a entender que o esse poder só pode ser exercido para delegá-lo a uma assembleia constituinte ou para ratificar novos textos constitucionais. A redução da soberania ao poder constituinte termina por negar o autogoverno do povo, atribuindo-lhe unicamente a função de legitimar arranjos constitucionais formulados em momentos de ruptura institucional, o que esvazia a soberania nos momentos de estabilidade.

O constitucionalismo liberal, ao condicionar a manifestação da soberania popular a um conjunto de regras que somente poderia ser modificado mediante um complexo sistema de emendas, tomou o cuidado de resguardar o texto constitucional frente às articulações majoritárias. Com isso, a soberania popular precisou ser anulada, na medida em que não mais eram admitidas manifestações suas que escapassem dos procedimentos institucionais previstos no texto constitucional, de forma a cuidadosamente preservar as relações de poder nela cristalizadas. Para a dogmática constitucional, a fundação da cons-

⁴³ MADISON, James. Property. Em: HUTCHINSON, W. T et alii (ed.). The papers of James Madison. Chicago and London: University of Chicago Press, 1962. Disponível em: <<http://bit.ly/1Bxvhg3>>. Acesso em: 11 mar. de 2015.

⁴⁴ MIGUEL, L. F. Democracia e Representação. São Paulo: Unesp, 2014. p. 49.

tituição exigiu do povo a abdicação do exercício direto da soberania e o compromisso de manifestá-la apenas indiretamente, através das instituições representativas. Neste sentido, a ideia de emenda constitucional representa uma procedimentalização da soberania popular que termina por esvaziá-la.

Nesse contexto, não causa espécie o estranhamento da comunidade jurídica brasileira frente à proposta da Presidência da República, em 24 de junho de 2013, de convocar um “plebiscito popular que autorize o funcionamento de um processo constituinte específico para fazer a reforma política”. Trata-se de procedimento que não encontra previsão no texto da Constituição Federal de 1988, seja em relação ao meio, uma vez que o plebiscito possui natureza meramente consultiva, ou em relação ao objeto escolhido, vez que o procedimento de emenda constitucional previsto no artigo 60 não prevê o processo constituinte. Por não observar os mecanismos constitucionais de reforma e, conseqüentemente, por invocar a soberania popular fora dos limites da ordem constitucional, a proposta presidencial não demorou a receber críticas de diversos atores da comunidade jurídica.

No mesmo dia do discurso da Presidência da República, era lançado pela Ordem dos Advogados do Brasil o projeto “Eleições Limpas”, que, por meio de uma série de modificações nas Leis das Eleições e dos Partidos Políticos, propõe a realização de uma reforma política sem qualquer alteração na Constituição Federal. Esse argumento da prescindibilidade das mudanças constitucionais precisa ser lido com cuidado, pois embora boa parte dos debates ligados a uma mudança no sistema político envolvam apenas regras infraconstitucionais (como a fidelidade partidária, o financiamento eleitoral e a lista fechada), várias propostas apontam para mudanças constitucionais (no papel do senado, nas eleições proporcionais e no voto obrigatório, por exemplo). Assim, não obstante seja possível fazer uma reforma política apenas infraconstitucional, sustentar a tese de que todas as mudanças relevantes independem de alterações no texto da Constituição implica a rejeição implícita das propostas que envolvem mudança no texto da CF.

Curiosamente, existe um uso recorrente do argumento de que mudanças nas regras constitucionais são dispensáveis, mas não costuma ter visibilidade a ideia de que seria nociva a utilização de estratégias de alteração constitucional para fazer alterações infraconstitucionais, pois ela tenderia a gerar um problemático processo de constitucionalização do sistema político. Uma reforma do sistema, feito em sede puramente constitucional, tenderia a incorporar ao texto da CF todas as normas que tratam dessa temática, o que tornaria o nosso sistema ainda mais rígido, o que parece ir na contramão das teses de que a inércia do sistema exige inclusive formas criativas de atuação política para viabilizar a sua reforma. Nessa medida, as propostas de aliar flexibilização e constitucionalização poderiam ter impactos relevantes no curto prazo, mas no médio e longo prazo tornariam ainda mais difíceis novas atualizações do sistema.

Além de prescindível, a OAB enxergou na proposta da Presidente uma ameaça às instituições democráticas e às garantias e liberdades fundamentais. Conforme seu Presidente Nacional, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, a convocação de um processo constituinte “po-

deria significar graves riscos à democracia brasileira, às garantias do cidadão – inclusive às liberdades de expressão e manifestação”.⁴⁵ Embora o processo sugerido pela Presidência da República versasse sobre reforma política, a manifestação do poder constituinte seria sempre absoluta, de tal maneira que somente ele pode determinar sua agenda. O argumento de que “não há constituinte específica” porque são “os constituintes que definem o limite e a abrangência” das alterações a serem implementadas está baseada na tese constitucionalista de que o poder constituinte é ilimitado juridicamente e que tornaria excessivamente arriscada a convocação de uma assembleia porque ela poderia atuar no sentido de reformar pontos da Constituição Federal de 1988 que ultrapassem o escopo inicial da convocação.

A Seccional da OAB do Espírito Santo elaborou uma nota de repúdio de teor semelhante, indicando que a comissão de estudos constitucionais da seccional capixaba entendeu que, não bastasse ser inoportuna, a proposta seria “uma burla aos limites constitucionais para a reforma do texto constitucional, na medida em que a Constituição Federal somente poderá ser modificada por Emendas à Constituição”. A viabilidade da implementação infraconstitucional das mudanças desejadas e a falta de limites à manifestação do poder constituinte levaram a Seção a vislumbrar “um indesejado oportunismo e um risco às instituições democráticas”.⁴⁶ Novamente, fez-se presente o pressuposto de que a manifestação do poder constituinte é necessariamente um risco para as conquistas sociais incorporadas no texto constitucional.

Advogados, magistrados e acadêmicos subscreveram o manifesto capitaneado por Lênio Streck, que chamou atenção para os ataques conservadores sofridos pela Constituição desde sua promulgação, questionando o que impediria o processo constituinte de retirar os direitos sociais, retalhar a ordem econômica constitucional e extirpar o capítulo da comunicação social.⁴⁷ De fato, há exemplos históricos claros de que assembleias convocadas para funções restritas ampliam a sua atuação e passam a atuar fora dos limites de sua delegação. O caso mais emblemático é o da Convenção da Filadélfia, que, embora convocada para aperfeiçoar o sistema da confederação, terminou apresentando um projeto de constituição que convertia a confederação em uma federação unificada.

Além disso, devemos ressaltar que o modo como as propostas de emenda estabelecem os limites de alteração contribuem para a insegurança apontada pelos seus críticos, tendo em vista que, diversamente do que costuma ser noticiado pela mídia, tais proposições legislativas não definem que certos temas podem ser alterados, e sim que

⁴⁵ BOM DIA BRASIL. Plebiscito para convocar constituinte gera polêmica entre juristas. G1. Disponível em: <<http://goo.gl/1higxZ>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

⁴⁶ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (ES). Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-ES divulga nota sobre convocação de um processo constituinte específico para a reforma política. Disponível em: <<http://goo.gl/BYBFof/>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

⁴⁷ CONSULTOR JURÍDICO. Manifesto vai contra reforma política. Consultor Jurídico, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/dcw63r>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

os dispositivos constitucionais constantes de certos títulos podem ser modificados. Esse é um ponto relevante porque essa estratégia topológica protege contra modificação os textos que não estão incluídos nos títulos citados, mas não impede que os legisladores insiram nesses pontos disposições que tratam de outros assuntos. Com isso, a atribuição de competência revisora a certos legisladores poderia viabilizar alterações constitucionais mais amplas, bastando que houvesse consenso político no sentido de inserir previsões novas nos títulos que poderiam ser mudados.

De todo modo, uma coisa é argumentar no sentido da assembleia representar um risco maior do que seus potenciais benefícios e outra coisa é indicar, como Lênio Streck, que a convocação de uma assembleia específica representaria um harakiri institucional, em alusão à modalidade de suicídio ritual em que os samurais rasgavam o próprio ventre com sua espada. Inclusive porque os riscos de uma extensão indevida do âmbito da reforma poderiam ser bastante reduzidos caso a definição dos seus limites fosse realizada de um modo simultaneamente topológico e material. Ademais, a linha argumentativa predominante não aponta para a necessidade de ponderar estrategicamente os riscos institucionais, mas no sentido de que é preciso evitar qualquer tipo de abertura para a alteração da ordem eleitoral vigente, visto que qualquer possibilidade de mudança é percebida como um risco de dissolução.

Essa referência ao harakiri retoma um argumento de Paulo Bonavides contra a PEC 544/1997, que ele denominou emenda suicida,⁴⁸ em uma qualificação que poderia ser justificável justamente porque o âmbito daquela emenda era bem mais amplo que o sistema político, o que possibilitaria uma alteração substancial da ordem constitucional. A constante utilização de metáforas pela dogmática constitucional na abordagem do poder constituinte é reflexo da dificuldade dos teóricos em lidar com a categoria a partir de termos conceituais,⁴⁹ sendo comuns afirmações como a de Agesta no sentido de que o poder constituinte “surge como o raio que atravessa a nuvem, inflama a atmosfera, fere a vítima e desaparece”.⁵⁰ Tal como as demais, a metáfora do suicídio envolve a utilização de uma imagem forte com intenções retóricas, mas parece que a alusão que ela faz não se justifica nos fatos. A alusão à convocação de uma assembleia com poderes específicos como representando o suicídio da antiga ordem constitucional traz inadequações conceituais tanto do ponto de vista do direito quanto da sociologia. Se levado em consideração que a categoria sociológica do suicídio compreende todo caso de morte provocado direta ou indiretamente por ato positivo ou negativo realizado pela própria vítima, na intenção de que o ato provoque o resultado morte (DURKHEIM, 2000, p. 14), não há paralelo entre a manifestação do poder constituinte e a prática do suicídio. Identificar a manifestação

⁴⁸ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil pós-64*. p. 289.

⁴⁹ COSTA, Alexandre B. *Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito*. Veredas do Direito, Belo Horizonte, Escola Superior Dom Helder Câmara, n. 5, v. 3, jan./jun. 2006.

⁵⁰ AGESTA, Luís Sanches. *Princípios de teoria política*. 6. ed. Madrid: Nacional, 1976. p. 363.

constituinte com o ato intencional por meio do qual a vítima provoca sua morte confunde a vítima com seu algoz. É a ação dos atores políticos, e não da ordem constituída, que vitima a constituição e, portanto, se alguma alusão tanatológica seria cabível esta seria a do homicídio, já que a suspensão da constituição pelos congressistas seria mais próxima de um assassinato.

Outro argumento recorrente é aquele que faz menção à promulgação da Constituição Federal de 1988 como um momento constitucional, desqualificando a proposta de constituinte com mero momento político. Nesse sentido já havia se manifestado Cristiano Paixão, ainda no contexto dos debates sobre a proposta do PT de convocar uma assembleia exclusiva, que ele entendeu como “um curioso caso de esvaziamento da Constituição, sem a necessidade de um novo momento constitucional” (2009, p. 5). Esse posicionamento utiliza a tese de Bruce Ackerman (1991), que interpreta a história da democracia constitucional como um conjunto de acontecimentos qualitativamente distintos. Em raros e especiais momentos, verifica-se uma mobilização popular empenhada na construção ou na ressignificação da ordem constitucional. Seriam estes momentos de natureza constitucional, cujo pressuposto é o de que os compromissos feitos por este povo “especial” seriam eternamente renovados e vividos pelo povo “cotidiano”. Por outro lado, haveria os momentos de política, em que as decisões tomadas pelo governo submetem-se às escolhas feitas pelo povo no sempre longínquo momento constitucional. Ao vincular os momentos fundantes de uma ordem constitucional a explicações de teor normativo, a democracia constitucional é pensada como realização de uma entidade mística, seja ela o povo ou o poder constituinte.⁵¹

O manifesto de Lênio Streck reitera a teoria liberal do poder constituinte ao afirmar que é da tradição do constitucionalismo o esgotamento do poder constituinte na promulgação de uma nova ordem jurídica. Feito isso, o poder constituinte retirar-se-ia de cena, restando apenas o produto de sua expressão: o texto constitucional. Seria com o objetivo de efetivar o projeto básico da constituição e garantir os direitos fundamentais que o poder constituinte determina os limites formais e materiais a serem obedecidos no processo de emenda. É essa a leitura específica do poder constituinte que nos interessa, na medida em que desloca completamente o conceito da função em que a categoria foi elaborada, que era para justificar, e não inviabilizar, a atuação de uma assembleia eleita pela população.

Idênticos pressupostos e julgamentos fizeram-se presentes no manifesto assinado pelos docentes Cristiano Paixão, Juliana Neuenschwander Magalhães, Marcelo Cattoni e Vera Karam de Chueiri.⁵² As alterações no texto constitucional que não observassem o procedimento de reforma previsto pelo artigo 60 representariam perigosa violação à rigidez

⁵¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. A prosaic reading of constitutional moments. p. 4.

⁵² PINTO, Cristiano A. P.; MAGALHÃES, Juliana N.; CATTONI, Marcelo; CHUEIRI, Vera K. de. Constituinte exclusiva é ilegal e ilegítima. Consultor Jurídico, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/KHW0xx>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

constitucional – “e não por um simples apego à forma”. A proposta do processo constituinte exclusivo preocuparia na medida em que reduz a maioria qualificada de três quintos para maioria simples ou absoluta, com isso privilegiando os interesses efêmeros de maiorias momentâneas em detrimento das garantias das minorias políticas e das condições constitucionais e processuais de deliberação majoritária. Nesse texto, são retomados vários dos argumentos utilizados por Cristiano Paixão na crítica efetuada à PEC 384/2009, em que ele afirmou que a persistência dessas propostas de constituintes e revisões significa “uma recusa recorrente, em alguns setores da sociedade civil e da classe política, acerca do conteúdo e do profundo sentido histórico da Constituição atual”.⁵³ E também são retomados argumentos utilizados, juntamente com Menelick de Carvalho, em oposição à PEC 157/2003, em que a atribuição de poderes revisores ao Congresso Nacional foi entendida como uma manifestação autoritária e elitista, pois tais estratégias de mudança constitucional “buscam funcionar como cortinas de fumaça para garantir a impunidade, conferir a impressão de mudança, quando na verdade nada se pretende mudar”.⁵⁴

Não bastasse burlar os procedimentos legislativos ordinários e os procedimentos de emenda constitucional, designar o processo de reforma política como um processo constituinte representaria uma tentativa de isentar suas ações do controle jurisdicional de constitucionalidade, mesmo diante de inconstitucionalidades patentes. Fosse ou não essa a finalidade, parece inverossímil que o STF restasse omissivo, dado seu histórico de construções jurisprudenciais cujo mérito é estender suas competências para além do originariamente previsto no texto constitucional⁵⁵ e sua ambígua atuação na Assembleia Constituinte de 1987.⁵⁶

As manifestações dos ministros do STF mostraram-se, de maneira geral, discretas e apaziguadoras – com a exceção do min. Gilmar Mendes, cuja opinião foi a de que o Brasil adormeceu “como se fosse Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e amanheceu parecido com a Bolívia ou a Venezuela”.⁵⁷ Perigoso do ponto de vista institucional, o processo constituinte específico seria desnecessário do ponto de vista legislativo e impossível do ponto de vista jurídico. Além disso, Gilmar Mendes, retomou o argumento da prescindibilidade de alterações constitucionais para a implementação de uma reforma política adequada. Causa estranhamento essa indicação de uma ampla possibilidade de reforma política por decisão infraconstitucional quando se leva em consideração que, algumas semanas antes da proposta de processo constituinte, o próprio min. Gilmar Mendes concedeu medida cautelar no mandado de segurança n. 32.033-DF, suspendendo o trâmite do projeto de

⁵³ PINTO, Cristiano A. P. O retorno de um fantasma. *Constituição & Democracia*, v. 3, n. 33, 2009. p. 5.

⁵⁴ PINTO, Cristiano A. P.; CARVALHO NETTO, Menelick. Entre permanência e mudança. In: MOLINARO, Carlos A et alii (Orgs.). *Constituição, jurisdição e processo*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, v. 1, p. 97-109.

⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 146.

⁵⁶ Cf. KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. *O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo*. Lua Nova, São Paulo, CEDEC, n. 88, 2013.

⁵⁷ HAIDAR, Rodrigo. “Brasil dormiu como Alemanha e acordou como Venezuela”. *Consultor Jurídico*, 25 de junho de 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/yXry43>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

lei complementar n. 14/2013, que dificultaria a criação de novas agremiações políticas ao restringir seu acesso a recursos do Fundo Partidário e horário eleitoral gratuito. O plenário do STF posteriormente negou o mandado de segurança e cassou a liminar concedida pelo min. Gilmar Mendes, liberando a tramitação do projeto – que foi sancionado pela Presidência da República em 31 de outubro de 2013 como a Lei n. 12.875/13.

A jurisprudência do STF, em relação às legislações eleitoral e partidária, carece de coerência e promove instabilidade nas disputas: “Da imposição da verticalização das coligações à intervenção do min. Gilmar Mendes na semana passada [24/4/2013], o Supremo tem contribuído mais para confundir do que para esclarecer”.⁵⁸ O PLC n. 14/2013 reintroduzia no sistema eleitoral o condicionamento do tempo de propaganda à bancada eleita pela legenda política, tal qual previa o artigo 2º da Lei de Eleições, cuja inconstitucionalidade foi posteriormente declarada no julgamento da ADI 4795. A concessão de tempo de propaganda a partidos recém-criados promoveu legendas de aluguel e aliciamento de políticos. Caso semelhante ocorreu na ADI 1354, julgada em 2006, em que foi anulada a cláusula de barreira prevista no artigo 13 da Lei 9.096/95, passados mais de dez anos do ajuizamento da ação e do indeferimento de medida cautelar. Portanto, parece ter razão Limongi ao afirmar que “as decisões emanadas do Poder Judiciário têm sido tão ou mais ‘casuísticas’ do que as do Congresso Nacional; todas, sem exceção, prenhes de efeitos imediatos para a disputa político-partidária”.⁵⁹ A reforma política é passível de ser realizada por projetos de lei e propostas de Emenda à Constituição, embora o STF dificulte sobremaneira sua realização na medida em que impõe imperativos de sistematicidade que colidem com os consensos políticos construídos no congresso. De toda forma, trata-se nessa situação de modificações sensíveis que dependeram da mobilização de maiorias simples, não de maiorias qualificadas exigidas à alteração constitucional. Assim, a afirmação de que a reforma política poderia ser promovida por outros modos pode constituir-se em um mecanismo conservador, justificando a intervenção judicial no sentido da manutenção da ordem estabelecida.

O principal argumento que interessa a este trabalho é o da impossibilidade de realização da reforma através de um processo constituinte porque, como disse Gilmar Mendes, “não é possível juridicamente convocar uma Constituinte no modelo da Constituição Federal de 1988. Não vejo espaço jurídico para isso”.⁶⁰ Recorrendo à metáfora da morte da constituição, o ex-Presidente do Supremo, min. Carlos Ayres Britto, declarou que “o Congresso não tem poderes constitucionais para convocar uma assembleia constituinte porque nenhuma Constituição tem vocação suicida. Nenhuma Constituição convoca o coveiro de si mesmo”.⁶¹ Assim, homicídio e suicídio são unidos em uma reprovação de

⁵⁸ LIMONGI, Fernando. Em defesa do congresso. Valor Econômico, 30 de abril de 2013.

⁵⁹ LIMONGI, Fernando. Em defesa do congresso.

⁶⁰ HAIDAR, Rodrigo. “Brasil dormiu como Alemanha e acordou como Venezuela”.

⁶¹ OLIVEIRA, Mariana. Juristas questionam proposta de Constituinte para reforma política. G1, Rio de Janeiro, 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/x39GPw>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

mudanças no texto constitucional, muito embora a proposta analisada se tratasse de uma reforma com temática bastante reduzida.

Um tom mais moderado foi adotado pelo min. Roberto Barroso em suas duas manifestações sobre a convocação de processo constituinte exclusivo. Em ambas, posicionou-se pela desnecessidade do processo em razão da possibilidade de promover a reforma política via projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição. Ainda assim, entendeu ser possível a convocação pelo Congresso Nacional de um órgão constituinte específico a se pautar pelos limites estabelecidos pelo Congresso Nacional: “mas nunca uma constituinte originária”.⁶² A total atipicidade e a questionável constitucionalidade poderiam ser amenizadas e rebatidas fosse a iniciativa submetida à ratificação popular. Em 2011, quando ainda era advogado constitucionalista, recebeu bastante atenção o comentário de Barroso no sentido de que a teoria constitucional seria incapaz de explicar uma constituinte parcial porque o poder constituinte é soberano, mas recebeu pouca atenção o trecho de sua entrevista em que acrescentou que “às vezes a realidade derrota a teoria constitucional”. Coloca-se, com isso, em questão até onde pode a teoria condicionar a realidade e até onde pode a teoria do poder constituinte condicionar a realidade do poder constituinte.⁶³

5 Poder Constituinte ilimitado

As críticas à proposta de um processo constituinte exclusivo coincidem em torno de quatro argumentos básicos. Primeiro, seria o processo uma medida desnecessária, por não haver na Constituição Federal de 1988 qualquer cláusula pétrea que inviabilizasse a consecução da desejada reforma política por meio de alterações no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional. Inexistiria razão forte o suficiente para recorrer ao poder constituinte como justificativa para alterar os dispositivos constitucionais. Curiosamente, esse é um argumento que somente faz sentido caso fosse a convocação possível. Mas, embora sua impossibilidade torne secundário o argumento sobre a desnecessidade, deixa intacto seu papel fundamental no plano político, tendo em vista que se trata de uma análise sobre a conveniência desse tipo de iniciativa. Ademais, a desnecessidade é um argumento complementar a outra justificação estratégico-política utilizada pelo discurso dos juristas: os riscos institucionais envolvidos.

O pré-comprometimento subjaz ao segundo argumento crítico à proposta, que considera potencialmente perigosa a manifestação do poder constituinte para além dos procedimentos institucionais previstos. Nas democracias modernas, diversas instituições poderiam ser interpretadas como mecanismo de compromisso prévio, no sentido de que

⁶² PASSARINHO, Nathalia. Para Barroso, reforma política pode ser feita por Constituinte com limites. G1, Brasília, 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/qkRr0M>>. Acesso em: 1 fev. 2014.

⁶³ MIGALHAS. Barroso fala sobre constituinte e reforma política. Migalhas, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/6cYlaE>>. Acesso em: 1 fev. 2014.

seriam dispositivos de autorrestrrição utilizados por políticos no intuito de se protegerem contra suas previsíveis inclinações à tomada de decisões pouco racionais em momentos de vulnerabilidade – seria o caso, por exemplo, da constituição.⁶⁴ Logo, na democracia constitucional, apenas a assembleia constituinte seria um ator político no sentido forte, já que suas regras fundamentais condicionariam todas as gerações posteriores.⁶⁵ Ao reforçar o risco em potencial de uma manifestação do poder constituinte, as críticas pressupõem um estado de patologia decisional, em que os indivíduos decidiriam irracionalmente em detrimento do que racionalmente desejariam e, com isso, colocariam em risco as conquistas trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Por mais relevante que esse argumento seja no plano político, cabe ressaltar que há nele uma forte influência do infeliz título de assembleia constituinte específica, que sugere um exercício originário do poder instituinte e não um exercício delegado. Caso a proposta não se utilizasse de tais categorias, mas se apresentasse como uma iniciativa do próprio congresso, em que as minorias convirjam na possibilidade de uma solução majoritária às questões, a resistência dos juristas talvez fosse menor. Em especial, sairiam enfraquecidas as teses de que a proposta não levaria em conta os direitos das minorias, considerado que não se aventou afastar da convocação a necessidade de uma maioria qualificada. Com isso, a proposta presidencial não utiliza adequadamente a própria noção de assembleia constituinte, pois o que ela propõe é uma assembleia revisora com poderes restritos, o que foi uma escolha política delicada.

O terceiro argumento contrário à convocação do processo constituinte fundamenta-se na possível inconstitucionalidade da proposta. Curiosamente, esse argumento vale-se de regras da ordem constituída para impedir a manifestação do poder constituinte que lhe confere constituição. Pertencente ao campo da filosofia do direito, não ao da dogmática jurídica, o poder constituinte não pode ser disciplinado por normas positivas, “[...] pois o que está em jogo é a definição dos próprios critérios de juridicidade que podem fundar uma determinada dogmática”.⁶⁶ Toda articulação dogmática sobre o poder constituinte somente pode ser feita no sentido de garantir a ordem instituída, ou seja, de invalidar a sua atuação. Nesse sentido, o debate poderia ter ocorrido não em termos de poder constituinte da assembleia, mas sim de soberania popular. Essa escolha, porém, seria problemática no âmbito constitucionalista, na medida em que a soberania popular não encontra espaço na teoria constitucional, salvo como argumento de justificação da própria ordem. O modo constitucionalista de conceber a soberania é como poder constituinte delegável uma única vez a uma assembleia passada e, por isso mesmo, incompatível com novas alterações.

O terceiro argumento abre espaço para quarto e último topos argumentativo em torno do qual giraram as críticas: a incompatibilidade entre a proposta presidencial de um

⁶⁴ ELSTER, Jon. *Ulisses liberto*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. p. 119.

⁶⁵ ELSTER, Jon. *Ulyses y las sirenas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 159.

⁶⁶ COSTA, Alexandre A. *O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada*. p. 196.

processo constituinte específico e o consenso teórico sobre a natureza absoluta do poder constituinte. A linha de raciocínio parte da impossibilidade da teoria em conceber uma soberania limitada e um poder constituinte limitado chegando à impossibilidade da prática em concretizar uma assembleia chamada de constituinte, porém com poderes limitados. O problema, então, não é o de incompatibilidade da assembleia proposta com a ordem normativa vigente, mas de incompatibilidade da assembleia com os conceitos integrantes da teoria constitucional hegemônica. Ao repudiar a proposta nestes termos, as críticas trabalhadas refletem a adesão da doutrina constitucional brasileira a um fetichismo cujo mérito é o de elevar consensos teóricos à condição de dogma e rebaixar as concepções contrárias à condição de heresia.

Assim como o faz em relação às manifestações do poder constituinte, a literatura constitucional reiteradamente recorre a metáforas – principalmente do campo da religião – para ilustrar o sentimento de adoração ao direito, como fosse o fenômeno jurídico algo distinto da vontade humana.⁶⁷ O termo “fetichismo jurídico” foi usado pela primeira vez na crítica francesa ao formalismo que marcava a hermenêutica jurídica na passagem do século XIX ao século XX, descrevendo o “[...] excessivo apego à letra da lei em contradição com a lógica, conveniência e justiça”.⁶⁸ Posteriormente, à versão do fetichismo jurídico como crítica ao formalismo jurídico somou-se a variante marxista, cuja crítica foi para além da hermenêutica jurídica e abarcou o modo de produção capitalista para denunciar o apego à forma jurídica para sublimar o ato político por detrás de toda norma jurídica.

Ambas as variantes do fetichismo jurídico continuam a pautar discussões sobre a relação entre o direito e a política e sobre a lacuna entre a formalidade e a efetividade. O conceito igualmente assumiu um sentido “coloquial” que não fazia eco às tradições da crítica ao formalismo jurídico ou à ordem jurídica capitalista e que acusava a convicção na capacidade do direito transformar a realidade social tão somente com sua vigência. O fetichismo jurídico compreende, assim, a obliteração da tensão entre a promulgação e a aplicação da lei, ao privilegiar seus procedimentos em vez de sua eficácia.⁶⁹

A proposta de convocação do processo constituinte é em si reflexo deste fetichismo. De um lado, a proposição da Presidência vinculou-se à teoria dominante ao qualificar como constituinte exclusiva o exercício do poder de emenda à constituição por uma assembleia específica. Pensar essa escolha institucional na conjuntura de uma assembleia dotada de poder constituinte é uma escolha delicada, mas alinhada à teoria liberal. Uma saída alternativa seria a de requalificar essa assembleia, sem recorrer ao argumento liberal de que a soberania popular, justamente por ser absoluta, jamais pode ser invocada sem abrir a caixa de Pandora e colocar em risco a ordem. Nesse sentido, pensar a soberania é um risco tão desmesurado que não falamos nela, mas somente em um poder constituinte

⁶⁷ LEMAITRE, Julieta. Legal Fetichism at Home and Abroad. Unbound: Harvard Journal of the Legal Left, n. 6, v. 3, 2007.

⁶⁸ LEMAITRE, Julieta. Legal Fetichism at Home and Abroad. p. 7.

⁶⁹ LEMAITRE, Julieta. Legal Fetichism at Home and Abroad. p. 8.

que, diversamente da própria soberania, esgota-se na instauração do texto constitucional. Não causa surpresa o fato da soberania popular não ingressar nos argumentos, nem de um lado, nem do outro. O que surpreende é o fato dos defensores da proposta optarem por qualificar a assembleia como constituinte.

A premissa de que a constituição seria instrumento apto a transformar per se a realidade levou à conclusão de que, mesmo sendo desnecessário, deveria a reforma política ser inculpada em seu texto – como se o procedimento de emenda garantisse sua eficácia. Contrariando uma série de vertentes que defendem uma constituição mais sintática, a atuação de uma assembleia constituinte tenderia a transformar em texto constitucional mesmo as propostas que poderiam ser objeto de lei ordinária. Esse movimento de constitucionalização, repetindo o que ocorreu na própria Assembleia Constituinte de 1987-88, foi discutido de modo limitado pelo argumento de que a constituinte era desnecessária, quando uma argumentação mais contundente colocaria que a reforma política em nível constitucional seria nociva na medida em que só criaria entraves às futuras e inevitáveis reformas.

Mas o que transpareceu nos discursos não foi a questão de entraves à mudança futura, mas a questão dos riscos imediatamente apresentados por uma assembleia majoritária. Não apenas no Brasil, mas em toda América Latina, a maioria das constituições fundantes surgiu como produto de uma curiosa, porém não inexplicável, aliança entre as elites liberais e conservadoras igualmente preocupadas em organizar uma estrutura de poder contramajoritária que limitasse a influência direta dos setores populares na vida política.⁷⁰ Não obstante as divergências quanto à criação de uma ordem constitucional com inclinações religiosas e à concentração de poder em torno da autoridade política, as duas elites possuíam pontos de convergência que viabilizaram o acordo sobre o tipo de organização constitucional a ser implementada. Liberais e conservadores mostravam-se igualmente interessados na manutenção da propriedade privada, à época ameaçada por demandas de setores populares cada vez mais exigentes, e igualmente preocupados com as possíveis e previsíveis consequências do envolvimento popular direto no processo de decisão política. Semelhantes interesses e preocupações possibilitaram a adoção de uma constituição que combinasse exigências de ambos os grupos. Assim, surgiu um sistema constitucional híbrido, que contemplava a demanda liberal por uma organização do poder a partir do ideal americano de “freios e contrapesos”, ao mesmo tempo em que desequilibrava a separação dos poderes em favor da autoridade executiva, tal como exigido pelos conservadores.⁷¹

As constituições fundantes da América Latina consagraram especial proteção a certos direitos. Resguardaram-se a propriedade privada de confiscos, o domicílio e os

⁷⁰ GARGARELLA, R. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: GARAVITO, César R. (coord.). El derecho en América Latina. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 88.

⁷¹ GARGARELLA, R. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 90.

documentos pessoais de requisições arbitrárias e a liberdade individual de escravidões. Direitos civis elitistas fizeram-se acompanhar por direitos políticos também elitistas, já que os ordenamentos políticos impunham obstáculos à participação popular ao impedir o reconhecimento de direitos políticos a demais setores da sociedade. No conjunto, eram constituições comprometidas com arranjos contramajoritários especialmente desenhados para dificultar a participação política de maiorias e deslocar as mais relevantes decisões políticas a órgãos pouco ou nada acessíveis ou controlados pelo cidadão comum. Hoje, são marcos constitucionais dessa natureza antidemocrática que continuam a disciplinar e limitar o exercício da democracia na América Latina.⁷²

Diante deste quadro institucional, a tática política tradicionalmente adotada por setores comprometidos com o fortalecimento do poder popular e com a efetivação dos direitos das populações social e economicamente desfavorecidas consistiu na incorporação de novos direitos sociais, econômicos e culturais às constituições, contribuindo para que os textos latino-americanos fossem mais longos que os textos dos países desenvolvidos.⁷³ Na conturbada história constitucional brasileira, a Constituição Federal de 1988 coloca-se como um marco na medida em que cristalizou direitos fundamentais não só de natureza individual, mas também de natureza social, coletiva e difusa. Esse avanço foi creditado à atuação dos deputados de esquerda nos trabalhos da Assembleia Constituinte de 1987-88, que tomaram iniciativas em favor das entidades populares. De acordo com Luiz Inácio Lula da Silva, “[...] esses avanços não caíram do céu, nem aconteceram por acaso, mas graças à mobilização sindical e popular e ao empenho dos parlamentares progressistas”.⁷⁴ Nesse sentido, era previsível que estratégias de facilitação de emendas sejam lidas por diversos setores políticos como um risco contra as conquistas sociais consolidadas na carta. Mas causa estranhamento que, sob o argumento de que há elementos a serem preservados, não poderiam ser criadas estratégias para modificar os elementos a serem alterados, inclusive porque existe um sistema de aplicação seletiva do texto constitucional que está longe de privilegiar a concretização dos direitos sociais e econômicos inscritos na carta e porque a hipertrofia do discurso constitucional tem o potencial de conferir maior poder aos órgãos judiciais de controle, especialmente ao Tribunal Constitucional.

A progressiva ampliação dos direitos constitucionais influenciou a Constituição para além de suas partes relacionadas aos direitos e repercutiu em suas partes afeitas à estruturação e à organização dos poderes – sua parte orgânica. A introdução de direitos e mais direitos culminou na expansão do poder dos órgãos judiciais, que despontam como os principais responsáveis pela proteção e promoção dos direitos incluídos no texto.⁷⁵ Se combinada à ambição da Constituição Federal de 1988, que tomou o cuidado de ampliar

⁷² GARGARELLA, R. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 91.

⁷³ GARGARELLA, R. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 96.

⁷⁴ LIMA, Luziano P. de. A atuação da esquerda no processo constituinte. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 358.

⁷⁵ GARGARELLA, R. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina p. 96-98.

direitos individuais e positivar os sociais, coletivos e difusos, a gradual concentração de poderes em torno do órgão de cúpula do Poder Judiciário possuiu o condão de perturbar o equilíbrio do arranjo da separação de poderes e alçar o STF ao centro do sistema político. Verifica-se, com isso, a “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” – uma supremocracia.⁷⁶ Portanto, a crescente inclusão de direitos nos textos constitucionais, ainda que voltados à efetivação de pautas progressistas, termina por fortalecer institucionalmente o poder de agentes públicos mais afastados da accountability eleitoral e da pressão popular. Considerando o resultado contraintuitivo da estratégia política adotada pelos setores progressistas, de enfraquecimento da cidadania e de deslocamento da autoridade a instâncias pouco democráticas, causa estranhamento a rejeição tão uníssona de reformas institucionais que enrobustecem a capacidade de intervenção e de controle dos cidadãos na política. Salvo a rejeição do processo constituinte basear-se na ideia de que a constituinte seria apropriada de tal forma pelas correntes hegemônicas que a intervenção popular serviria apenas para justificar a introdução de medidas ainda mais concentradoras de poder.

Rejeitar a realização de uma assembleia de revisão apenas em razão de sua inadequação à teoria liberal do poder constituinte parece signo de uma excessiva vinculação a certas estruturas teóricas e consequência de uma limitação da capacidade de (re)pensar o direito constitucional para além das instituições já postas. Cria-se um novo fetichismo em torno do direito constitucional cujos efeitos são naturalizar as estruturas políticas e neutralizar o arcabouço responsável por organizá-las de modo a restringir a manifestação da soberania popular. Ignora-se que estas formulações teóricas não constituem ferramentas neutras ou apriorísticas, como se não estivessem devidamente inseridas em “[...] um esquema institucional completo e, em um sentido importante, consistente, que responde a um certo modo de ver o mundo e a uma quantidade de pressupostos a respeito das capacidades e das incapacidades humanas”.⁷⁷

Continuamos a pensar as estruturas institucionais próprias do liberalismo como se fossem “patrimônio institucional da humanidade”: um conjunto de instrumentos que podem ser assimilados, recepcionados e aplicados em toda e qualquer parte do mundo, não admitindo maiores variações.⁷⁸ Estão compreendidos neste instrumentário universal a tripartição dos poderes, o bicameralismo, o controle judicial de constitucionalidade, os vetos cruzados entre Legislativo e Executivo, bem como o poder constituinte.

No arranjo institucional do liberalismo, insere-se a teoria do poder constituinte, cujo objetivo é circunscrever a manifestação popular a um momento histórico passado e, assim, limitar e controlar seu potencial político a partir de instrumentário jurídico. O direito constitucional, responsável pela organização do Estado, apega-se às instituições

⁷⁶ VILHENA, O. *Supremocracia*. Revista Direito GV 8, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. p. 444.

⁷⁷ GARGARELLA, R. *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. p. 92.

⁷⁸ GARGARELLA, R. *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. p. 92.

concebidas pelo liberalismo e rejeita as críticas voltadas aos seus fundamentos teóricos a partir de critérios fornecidos pelo próprio discurso liberal. Deixa-se em segundo plano o fato de que a crise de representatividade nada mais é, em última análise, do que a crise das instituições representativas liberais – cuidadosamente desenhadas para cercearem as manifestações da vontade popular nos processos de tomada de decisão política. Logo, o dever que resta é questionar e redesenhar as instituições de seus fundamentos em diante, “seguindo todo o caminho, assumindo todas as consequências desse questionamento”.⁷⁹

6 Considerações finais

Não tardou muito para que, frente às fortes críticas, a Presidência da República recuasse da realização do processo constituinte específico e a reforma política fosse novamente engavetada. Mas, ainda assim, a proposta em si e os principais argumentos formulados pela comunidade jurídica contra sua realização oferecem uma oportunidade ímpar para a análise do discurso jurídico e de seus pressupostos teóricos. A análise dos discursos ligados à recepção crítica da proposta deixa evidente a existência de uma série de discursos sobre a oportunidade de uma constituinte exclusiva, levando à elaboração de diferentes argumentos de natureza estratégica: seria conveniente ou inconveniente, abriria precedentes perigosos ou geraria uma instabilidade indesejável. Os argumentos estratégicos apontam para a necessidade de identificar as consequências de uma possível assembleia e de avaliar politicamente a desejabilidade e legitimidade dos resultados. Argumentos utilitários não interessam ao presente artigo, cuja preocupação é analisar um segundo plano de argumentação que aflorou com força entre os juristas e manifestou-se, sobretudo na afirmação da invalidade da convocação. Com isso, analisaram-se os argumentos dogmáticos que fundamentaram a impossibilidade, ainda que os seus resultados fossem potencialmente desejáveis.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, a concretização e a reforma da Constituição passaram a fazer parte da agenda política do país. De um lado, existe o reconhecimento de que muitos direitos constitucionais não são efetivados de modo adequado, o que implicou uma constitucionalização dos discursos políticos porque muitos atores políticos buscam conferir legitimidade à sua atuação por meio de um discurso concretizador: não se trata de conquistar direitos, mas de fazer valer a constituição. No âmbito do direito, esse trânsito envolveu uma ampliação dos discursos de matriz hermenêutica, na medida em que o ativismo jurídico (inclusive judicial) passou a operar não mais com as velhas categorias (lacunas, princípios gerais de direitos, antinomias, finalidades sociais) mas por meio de um deslocamento de todas as questões para o campo da interpretação constitucional

⁷⁹ GARGARELLA, R. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. p. 93-94.

Essa hipertrofia do discurso constitucional viabilizou que todas as questões relevantes do país fossem redescritas como problemas de interpretação ou concretização constitucional e que os juristas passassem a colocar a si próprios como defensores da efetividade dessa nova ordem. Ironizando essa situação, o advogado Luís Roberto Barroso observou: “tornei-me especialista em fertilização in vitro, nos anos de chumbo da Itália e tantas outras questões. Tanto que inclui no meu cartão ‘Jogo búzios, prevejo o futuro e trago a pessoa amada em três dias’”.⁸⁰ Nesse trânsito, ganharam especial relevância as categorias do constitucionalismo, perspectiva teórica engajada na garantia de que a atuação política deve estar efetivamente subordinada aos parâmetros definidos nos textos constitucionais.

Normalmente, essas categorias são utilizadas para avaliar a compatibilidade entre certas regras e o texto constitucional, regulando assim a aplicação da jurisdição constitucional. No caso específico que analisamos, as categorias constitucionalistas foram utilizadas como base para analisar não um determinado conjunto de normas, mas um processo de revisão do próprio texto, uma espécie de suspensão política da ordem constitucional. O grande problema teórico envolvido nessa utilização é que a categoria de poder constituinte realiza uma mediação entre os contextos que Walter Benjamin chama de instituição e contextos de reprodução. Esse conceito surgiu como uma forma de justificar a convocação de uma Assembleia Constituinte na França, contornando a dificuldade teórica consistente na impossibilidade de que os governos tenham competência para alterar as regras que lhes constituem. Na articulação de Sieyès, o poder constituinte representou a afirmação do primado da soberania popular contra a supremacia constitucional. Na articulação atual, ocorre o contrário: o poder constituinte é articulado para justificar a manutenção da supremacia do texto contra qualquer forma de alteração que não siga o processo formal de emenda.

Esse mesmo tipo de argumento encontrou soluções criativas em outros campos. A imposição normativa de que os reitores das universidades federais sejam escolhidos pelos Conselhos supremos tem inviabilizado decisões desses próprios conselhos no sentido de que essa decisão deveria ser delegada à comunidade universitária. O entendimento usual dos juristas é o de que os Conselhos não podem criar modos alternativos de eleição, não obstante sejam eles próprios encarregados da escolha, assim como entendem que o Legislativo não pode estabelecer um modo alternativo de revisão constitucional, ainda que ele próprio tenha essa prerrogativa. Em ambos os casos, o princípio de manutenção da ordem institucional aponta previsivelmente para a impossibilidade de inovação institucional, ainda que seja no sentido de ampliar o princípio majoritário. No caso das Universidades, porém, tem havido a criativa solução de que os Conselhos convocam a comunidade a manifestar sua preferência e adotam um compromisso moral, sem valor

⁸⁰ HAIDAR, Rodrigo. Judiciário não deve se sobrepor aos demais poderes. Consultor Jurídico, 30 out. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/WQicfT>>. Acesso em: 18 fev. 2014.

jurídico, no sentido de repetir a escolha feita pela comunidade.

O princípio da legalidade (e sua expressão constitucional do princípio da supremacia da constituição) tem um caráter conservador, no sentido que ele está vinculado à manutenção da ordem jurídica, independentemente do seu conteúdo. No contexto analisado, o que causa estranhamento é que o poder constituinte, que é uma categoria forjada para possibilitar a mudança, tenha sido apropriado igualmente dentro de um viés conservador. Porém, esse estranhamento se esvai na medida em que percebemos que uma apropriação dogmática desse conceito o desloca de sua função no discurso político, em que foi forjado, e o inclui em uma ordem discursiva dominada pelo princípio conservador da legalidade. Esse deslocamento do poder constituinte para dentro das teorias do constitucionalismo liberal esvazia o seu sentido democrático e o converte em um instrumento de justificação filosófica da manutenção da ordem.

De fato, o que causa espanto é que essa apropriação conservadora parece ser feita de modo sincero, e não instrumental. Não parece que estamos frente a uma justificação pseudotécnica de uma estrutura política, mas frente a uma defesa do discurso constitucionalista como se ele fosse um bem em si e como se as opções teóricas representassem óbices políticos para a prática institucional. Não se trata apenas de afirmar uma teoria, mas de sustentar que a integridade da teoria impede a adoção de práticas inovadoras, o que inverte a prioridade acadêmica típica: quando uma teoria não é capaz de explicar devidamente os fatos, o normal é abandonar a teoria e não ficar indignado com os fatos. O caráter normativo da teoria jurídica fica evidente nesse momento, quando os marcos teóricos passam a ser utilizados como regras que deveriam orientar a prática.

E a normatividade inerente ao constitucionalismo liberal é justamente a de que a soberania popular deve ser anulada em nome da manutenção das relações de poder protegidas explícita e implicitamente no texto constitucional. Supõe-se que a irracionalidade das manifestações populares, que não são intermediadas pelas instituições definidas pela Constituição, as desqualifica como manifestações politicamente válidas, pois a única via de manifestação da soberania popular se dá por meio da manutenção da própria ordem, não por sua alteração. Este fetichismo jurídico, que concebe as estruturas políticas liberais como “patrimônio institucional da humanidade”, opera a naturalização dos arranjos políticos, maquiando com supostas imutabilidade e universalidade, e opera a neutralização de seus pressupostos, camuflando o caráter antidemocrático da supremacia constitucional defendida nesses moldes.

Political legitimacy and constitutional compatibility: the reception by jurists of the proposals of an exclusive constituent assembly to change the political system

Abstract: This paper analyzes the reception by the legal community of the proposals to convene special constitutional process to reform the Brazilian political system, having as its goal comprehend the role played by constitutional theory on its understanding of the political phenomena. It was conducted a survey on the complaints made by jurists over the proposals for exceptional reform of the constitution in order to show the

influence of the constitutional doctrine on the legal discourse – with particular emphasis on the category of constituent power. The research sheds light on how the reception of a originally revolutionary concept by liberal constitutionalism led to its redefinition, becoming from a legitimizing element of rupture of the order to a legitimizing element of maintenance of the order and sheds light on the function played by references to constitutional theory in the speech of jurists about the proposals for the modification of the constitutional provisions on political system through exceptional proceedings, which lead to subjugate political practice to legal theory. Thus, it helps to clarify how the contemporary legal discourse reduces political legitimacy issues to constitutional adequacy issues, resulting in a legal theory with a typically conservative paper. Instead of fostering discussion on the legitimacy and convenience of constitutional innovations to deal with the system limits, the doctrine prevents the debate and holds the liberal discourse above the democratic discourse. In the end, the study highlights the consolidation of a legal culture that does not propose the articulation between law and political, but the subordination of political discourse to legal discourse.

Keywords: Constitutionalism; Constituent power; Political reform.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- AGESTA, Luís Sanches. *Princípios de teoria política*. 6. ed. Madrid: Nacional, 1976.
- AMORIM NETO, O.; CORTEZ, B. F.; PESSOA, S. de A. Redesenhando o Mapa Eleitoral do Brasil. *Opinião Pública*, v. 17, n. 1, p. 45-75, jun. 2011.
- ARENDETT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BARBOSA, Leonardo A. *Mudança Constitucional, Autoritarismo e Democracia no Brasil pós-64*. 409 p. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da UnB, Brasília, 2009.
- BENVINDO, Juliano Z. *A prosaic reading of constitutional moments*. fev. 2014. Trabalho inédito.
- BOBBIO, N. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.
- BOM DIA BRASIL. *Plebiscito para convocar constituinte gera polêmica entre juristas*. G1. Disponível em: <<http://goo.gl/lhigxZ>>. Acesso em: 26 jan. 2014.
- BODIN, Jean. *Six Books of the Commonwealth*. Oxford: Basil Blackwell, 1955.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta de Emenda à Constituição nº 384, de 2009*. Disponível em: <http://bit.ly/18AZK2u>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CONSULTOR JURÍDICO. *Manifesto vai contra reforma política*. *Consultor Jurídico*, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/dcw63r>>. Acesso em: 29 jan. 2014.
- COSTA, Alexandre A. *O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada*. *Teoria & Sociedade*, Belo Horizonte, UFMG, n. 19, v. 1, jan./jun. 2011.
- COSTA, Alexandre B. *Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito*. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, Escola Superior Dom Helder Câmara, n. 5, v. 3, jan./jun. 2006.
- COUTO, Cláudio G. *Alarmismo infundado*. *Folha de São Paulo*, 4 set. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/JcIISY>>. Acesso em: 24 jun. 2014.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Martins Fontes: São Paulo, 2010.

- DURKHEIM, Émile. O suicídio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELSTER, Jon. Ulisses liberto. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- ELSTER, Jon. Ulyses y las sirenas. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- FERRAZ JR., T. S. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: RT, 1980.
- FIORAVANTI, M. Constitución. Madrid: Trotta, 2001.
- GARGARELLA, R. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: GARAVITO, César R. (coord.). El derecho en América Latina. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- GOMES, Kelton de O. Em defesa da sociedade? 107 p. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da UnB, Brasília, 2015. p. 41.
- GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- HADAR, R. Brasil dormiu como Alemanha e acordou como Venezuela. Consultor Jurídico, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/yXry43>>. Acesso em: 30 jan. 2014.
- HADAR, R. Judiciário não deve se sobrepor aos demais poderes. Consultor Jurídico, 30 out. 2010. Disponível em: <<http://goo.gl/WQicfT>>. Acesso em: 18 fev. 2014.
- HOBBS, Thomas. Leviathan. Adelaide: The University of Adelaide Library, 2014.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia B. de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. Lua Nova, São Paulo, CEDEC, n. 88, 2013.
- LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Kalouste Gulbenkian, 1993.
- LEMAITRE, Julieta. Legal Fetichism at Home and Abroad. Unbound: Harvard Journal of the Legal Left, n. 6, v. 3, 2007.
- LIMA, Luziano Pereira Mendes de. A atuação da esquerda no processo constituinte. Brasília: Edições Câmara, 2009.
- LIMONGI, Fernando. Em defesa do congresso. Valor Econômico, 30 abr. 2013.
- LOCKE, J. Segundo Tratado Sobre O Governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MADISON, James. Property. Em: HUTCHINSON, W. T et alii (ed.). The papers of James Madison. Chicago and London: University of Chicago Press, 1962. Disponível em: <<http://bit.ly/1Bxvhg3>>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- MENDES, Conrado H. Controle de constitucionalidade e democracia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MIGALHAS. Barroso fala sobre constituinte e reforma política. Migalhas, 25 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/6cYlaE>>. Acesso em: 1 fev. 2014.
- MIGUEL, L. F. Democracia e Representação. São Paulo: Unesp, 2014.
- MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Mariana. Juristas questionam proposta de Constituinte para reforma política. G1, Rio de Janeiro, 24 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/x39GPw>>. Acesso em: 01 fev. 2014.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (ES). Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-ES divulga nota sobre convocação de um processo constituinte específico para a reforma política. Disponível em: <<http://goo.gl/BYBFof/>>. Acesso em: 2 mar. 2015.
- PARTIDO DOS TRABALHADORES, Resolução do 3º Congresso do PT (2007) sobre Reforma Política e

- Constituinte. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1b2vDCT>>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- PASSARINHO, Nathalia. Para Barroso, reforma política pode ser feita por Constituinte com limites. G1, Brasília, 25 de junho de 2014. Disponível em: <<http://goo.gl/qkRr0M>>. Acesso em: 1 fev. 2014.
- PINTO, Cristiano A. P.; CARVALHO NETTO, Menelick. Entre permanência e mudança. In: MOLINARO, Carlos A. et alii (Orgs.). Constituição, jurisdição e processo. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007, v. 1, p. 97-109.
- PINTO, Cristiano A. P. O retorno de um fantasma. Constituição & Democracia, v. III, n. 33, p. 4-5, 2009.
- PINTO, Cristiano A. P.; MAGALHÃES, Juliana N.; CATTONI, Marcelo; CHUEIRI, Vera K. de. Constituinte exclusiva é ilegal e ilegítima. Consultor Jurídico, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://goo.gl/KHW0xx>>. Acesso em: 25 jan. 2014.
- POSNER, R. Against constitutional theory. New York University Law Review, v. 73, n. 1, p. 1-22, 1998.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Dilma propõe plebiscito para reforma política. Disponível em: <<http://goo.gl/1ZMigY>>. Acesso em: 10 jun. 2014.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SALGADO, E. D.; GABARDO, E.; HACHEM, W. Política para quem não quer só comida. Disponível em: <<http://goo.gl/QvrrgD>>. Acesso em: 26 jun. 2014.
- SALGADO, Eneida D. A representação política e sua mitologia. Paraná Eleitoral, Curitiba, Tribunal Regional Eleitoral, v.1, n.1, 2012.
- SIEYÈS, Emmanuel J. Qu'est-ce que le Tiers état? Paris: Éditions du Boucher, 2002.
- SILVA, José A. da. Nova Constituinte deve ser barrada pelo STF. Consultor Jurídico, 4 set. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1AkgqBZ>>. Acesso em: 25 jan. 2014.
- TEMER, Michel. 2007. Não à constituinte exclusiva. Folha de São Paulo, 4 set. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1xdmA6G>>. Acesso em: 11 mar. 2015.
- UOL. Governo desiste de constituinte, mas mantém ideia de plebiscito sobre reforma política. Disponível em: <<http://goo.gl/avkf4r>>. Acesso em: 10 jun. 2014.
- VALLINDER, T. The Judicialization of Politics: A Worldwide Phenomenon: Introduction. International Political Science Review. [S.l.: s.n.], 1994
- VIEHWEG, T. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Ministério da Justiça, 1979.
- VILHENA, Oscar Vieira. Supremocracia. Revista Direito GV 8, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COSTA, Alexandre Araújo; ARAÚJO, Eduardo Borges. Legitimidade política e compatibilidade constitucional: a recepção pelos juristas das propostas de assembleia constituinte exclusiva para alterar o sistema político. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 207-241, abr./jun. 2015.

Recebido em: 12.02.2015
Aprovado em: 20.04.2015

