

# PODER CONSTITUINTE E PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

*Álvaro Ricardo de Souza Cruz\**

**Sumário:** Introdução; 1. Poder Constituinte: visão clássica; 2. Poder Constituinte: visão moderna; 3. Poder Constituinte: visão contemporânea; 3.1 Introdução e limites para seu exercício no âmbito da teoria discursiva; 3.2 Titularidade; 3.3 Execução e natureza; Conclusão; Bibliografia

**Resumo:** O texto aborda algumas perplexidades da teoria do Poder Constituinte a partir do conceito de patriotismo constitucional. Faz uma breve evolução da mesma, partindo de concepções clássicas até chegar à posição doutrinária moderna e dominante sobre a construção e a alteração de textos constitucionais. Finaliza estabelecendo uma visão da teoria discursiva sobre o tema, tecendo críticas, a partir das quais se pretende construir uma perspectiva contemporânea do tema.

**Abstract:** The text addresses some concerns of the theory of the Constituent Power from the concept of constitutional patriotism. It makes a brief evolution of it, from classic designs to reach the theory modern and dominant on the construction and alteration of constitutional texts. Terminate establishing a vision of the theory discourse on the subject, creating criticism, from which aims to build a contemporary perspective of the subject.

**Palavras-chave:** Teoria do Poder Constituinte; Teoria Discursiva; Patriotismo Constitucional.

**Key words:** Constituent Power Theory; Discourse Theory; Constitutional Patriotism

---

(\*) Procurador da República em Minas Gerais – Mestre em Direito Econômico e Doutor em Direito Constitucional. Professor da Graduação e da Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. (Autor convidado)

## Introdução

Em conversa recente com colegas professores na Faculdade Mineira de Direito ouvimos uma observação que ficou gravada na memória: os avanços da hermenêutica têm sido tão grandes que a maior parte da dogmática jurídica necessita ser urgentemente revista. Essa preocupação, especialmente para aqueles que, como nós, adotam como marco teórico a teoria discursiva de Jürgen Habermas, tem sido uma companheira permanente.

A dificuldade didática de trabalhar com obras desconectadas das exigências do pós-positivismo tem sido cada vez maior. Sendo assim o presente texto pretende constatar algumas perplexidades da teoria do Poder Constituinte, seja Originário ou de Reforma em face do conceito de patriotismo constitucional de forma a rascunhar algumas alternativas teóricas para a questão.

Nesse sentido, far-se-á uma breve evolução da mesma, partindo das concepções clássicas de Sieyès e chegando até o que se considera como posição doutrinária moderna e dominante sobre a construção e a alteração de textos constitucionais. Serão abordados temas clássicos da teoria do Poder Constituinte, tais como sua natureza, seus limites, sua titularidade e sua execução.

Em seguida, estabelecer-se-á a visão da teoria discursiva sobre o tema, na qual a noção de uma abertura discursiva desse projeto constitucional. Para encerrar, serão encetadas algumas críticas a partir das quais se pretende um rascunho para uma perspectiva contemporânea do tema.

### 1. Poder Constituinte: visão clássica.

O Poder constituinte tem sido compreendido classicamente<sup>1</sup> como a capacidade de criação ou de modificação de um texto constitucional. O conceito permite sua subdivisão em três espécies: o Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Derivado de Reforma e o Poder Constituinte Derivado Decorrente.

---

<sup>1</sup> Por corrente clássica do pensamento jurídico a respeito da teoria do Poder Constituinte entendemos o conjunto da obra de Sieyès, Burdeau, Duguit, somada às outras obra, dentro as quais as que se seguem: a) Malberg, Carré de. *Contribution a la théorie générale de L'État.*, 2v. b) Esmein, A. *Éléments de droit constitutionnel français et compare*, 2v.

Atribui-se ao professor Manoel Gonçalves a autoria do conceito de Poder Constituinte Derivado Decorrente. O mesmo somente se manifesta em Estados organizados sob a forma federativa, nos quais a característica essencial é a existência de uma pluralidade de centros de poder político. Como regra, o ente central – a União – é organizado diretamente pela Constituição Federal. Logo, o Poder Decorrente se manifesta tão somente em relação à auto-organização dos entes periféricos, materializando-se tanto pelas normas centrais da Constituição Federal que balizam a criação/modificação dos entes periféricos quanto propriamente pela Constituição Estadual, pela Lei Orgânica Distrital e pela Lei Orgânica Municipal. O tema, contudo, foge das pretensões do artigo, fazendo com que o foco do artigo se dirija para os demais.

O Poder Constituinte Originário vai ser aquele que criará um novo texto constitucional. Sem estabelecer confusão entre o Poder Constituinte e sua teorização, é importante frisar<sup>2</sup> que, no período clássico do paradigma liberal, sua titularidade era concebida como algo pertencente à Nação, tal como se depreende da obra do Abade Sièyes *O que é o terceiro Estado?*. Essa perspectiva supõe haver uma identidade entre mandante e mandatários, ou seja, entre o povo e seus representantes reunidos em Assembléia Constituinte, tida como uma convenção que se reuniria exclusivamente para a redação de um novo texto constitucional<sup>3</sup>.

O conceito de Nação<sup>4</sup> envolve certamente as clássicas noções relativas à homogeneidade cultural, lingüística, econômica, política, na qual um passado comum de tradições e eventos históricos une os cidadãos em torno de um projeto comum<sup>5</sup>: a ruptura integral com as bases do ordenamento jurídico anterior e a constituição das bases de um novo. O paradigma dessa ruptura total é exemplificado, no caso da Revolução Francesa de 1789, com a destruição do edifício jurídico do Antigo Regime do absolutismo real e, na hipótese da Revolução Bolchevique de

---

<sup>2</sup> *Esse poder novo, oposto ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invoca a razão humana ao mesmo passo que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim a teoria do poder constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular. Cumpre todavia não confundir o poder constituinte com a sua teoria.. Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e anti-autoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade* (Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, p.120).

<sup>3</sup> *Ils sont mis à la place de la nation elle-même ayant à régler la Constitution. Ils en sont independants comme elle. Il leur suffit de vouloir comme veulent des individus dans l'état de nature* (Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers État?*, p.71).

<sup>4</sup> *Com efeito, surgido no século XVIII com a pretensão de ser a expressão do povo como unidade homogênea, o termo nação adquiriu grande prestígio durante a Revolução Francesa, sendo utilizado para externar tudo quanto se referisse ao povo. Assim, por exemplo, é que se falava em governo da nação ou soberania nacional. E foi por esse meio que se introduziu na terminologia jurídica o termo nacionalidade, indicando o membro de uma nação, mas tomando esta com o sentido de Estado. O termo nação ganhou prestígio e se tornou quase sagrado por influência do romantismo político do século XIX. A unidade nacional foi a bandeira de MAZZINI e de CAVOUR para sustentar a idéia da edificação do Estado Italiano, e serviu a BISMARCK para apoiar todas as iniciativas tendentes à reconstrução do Império Germânico* (Dallari, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva,1989, p.81/82).

novembro de 1917, com o aniquilamento do aparato czarista que se compunha de algumas garantias burguesas, mas que ainda continha traços claramente medievais.

Dessa forma, o Poder Constituinte Originário era entendido como um poder de fato, ou seja, extrajurídico. Visto como um poder revolucionário, oriundo das ruas e da força das armas vitoriosas, mesmo que por espúrios “golpes de Estado”<sup>6</sup>, ele seria originário, vez que não derivaria de qualquer outra norma jurídica. Desse modo, não cabia por parte dessa visão clássica qualquer questionamento referente a sua legitimidade.

Pela mesma razão, o Poder Constituinte Originário seria ilimitado/incondicionado, o que lhe permitiria traçar livremente as bases do novo ordenamento jurídico. É pertinente aqui a metáfora que afirma que o mesmo “*poderia fazer do círculo um quadrado!*”<sup>7</sup>.

Curioso observar que a visão clássica surge nos primórdios do constitucionalismo do século XVIII, estudando, por conseguinte, tão somente pactos fundadores datados, como a Assembléia Nacional na França ou a Convenção de Filadélfia nos Estados Unidos. Logo, constituições predominantemente costumeiras ou as cartas não codificadas (inorgânicas) não se encaixavam nos parâmetros dessa perspectiva, a despeito de, tal como a inglesa, serem anteriores ao movimento do contratualismo iluminista<sup>8</sup>.

Apesar dessa visão encontrar-se superada pelo estágio atual do constitucionalismo, é curioso observar como algumas provas/certames de concurso público ainda insistem em cobrar tais características...

No tocante ao Poder Constituinte Derivado de Reforma, a titularidade era atribuída exclusivamente ao titular do Poder Constituinte Originário, a Nação, vez que valia a máxima: *quem pode o mais, pode o menos*. Em outras palavras, aquele que pode criar a Carta será o único capaz de modificá-la parcialmente. Não havia por enquanto qualquer refinamento no sentido de examinar as espécies da Revisão ou da Reforma propriamente dita. No Brasil, Pontes de Miranda pode ser citado como exemplo dos adeptos da uniconceitualidade.

---

<sup>5</sup> Cf. Maritain, *El hombre y el Estado*, p.17; Cf. Tbém Reale, *Teoria do Direito e do Estado*, p.158.

<sup>6</sup> *Historicamente, o poder constituinte originário representa a irrupção de fato anormal no funcionamento das instituições estatais. Esse aparecimento está associado a um processo mais violento, de natureza revolucionária, ou a uma decisão do alto, geralmente materializada no “Golpe de Estado”* (Horta, *Direito Constitucional*, p.28).

<sup>7</sup> *O poder constituinte pode tudo. Ele não está submetido a uma determinada Constituição. A Nação que exerce o maior e o mais importante dos poderes deve ficar, no exercício dessa função, livre de qualquer constrangimento e de outra qualquer outra forma, salvo a que lhe aprover adotar* (Burdeau, *Traité de science politique*, v.1, p.581).

<sup>8</sup> *A sucessão de Constituições e de Constituintes, desde os fins do século XVIII até os nossos dias, demonstra que a criação da Constituição nova não se desgarrou ainda, pelo menos no constitucionalismo ocidental, da prestigiosa idéia do pacto ou contrato social, que coloca na origem da Constituição nova a manifestação constituinte, quase sempre turbulenta, da vontade popular* (Horta, *Direito Constitucional*, p.31).

A doutrina dominante desse período via o Poder Constituinte Derivado de Reforma como um poder jurídico e, por conseguinte, derivado/condicionado pelo Poder Constituinte Originário<sup>9</sup>. Georges Burdeau desenvolve no período clássico uma perspectiva axiomática pela qual o poder de reforma é concebido como um poder instituído pela Constituição e, como tal, a ela submetida. Dessa forma, a reforma não poderá jamais processar uma mudança total do texto constitucional pois, o fazendo, estaria usurpando competência do Poder Originário<sup>10</sup>.

Nesse sentido o mesmo era visto como um poder limitado, a despeito da postura vencida de Duguit que, originalmente, sustentava que o mesmo seria ilimitado, vez que o Poder Constituinte seria permanente<sup>11</sup>. Contudo, predominava a concepção de que, a despeito de permanentes, tanto um quanto o outro se exerciam de forma pontual/episdica.

Dessa forma, a teoria clássica<sup>12</sup> admite que tal limitação se procedesse por condicionantes temporais, circunstanciais, formais e materiais. Imperioso observar que nosso texto constitucional vigente é ainda tributário de concepções ligadas ao constitucionalismo clássico. Por conseguinte, será possível exemplificar as diversas formas de limitação tendo em vista nosso ordenamento constitucional.

A limitação temporal implica a suspensão temporária do Poder Constituinte Derivado de Reforma como forma de aperfeiçoar o novo regime constitucional, permitindo a estabilização das relações jurídicas durante um determinado período de tempo. Tem-se como bons exemplos as Constituições Francesas do ano I e do ano III. O período de efervescência revolucionária fez com que constituintes da Assembléia Nacional defendessem a idéia de que qualquer proposta de alteração no texto constitucional feita nos dez anos subsequentes a sua promulgação levasse seu autor ao cadafalso. Tanto o ardor jacobino quanto a burguesia no golpe de 18 de Brumário, em 1795, desfizeram o sonho daqueles constituintes e se tornaram parâmetros para a tese de que o Poder Constituinte Originário era realmente um “poder de fato”<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Cf. Sampaio, *O Poder de reforma constitucional.*, p.40; Baracho *Teoria Geral do Poder Constituinte*, p.40/41.

<sup>10</sup> Cf. Burdeau, *Traité de science politique*, v. 4, p. 261.

<sup>11</sup> Cf. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel.*, v.3.

<sup>12</sup> *Continua válido, a nosso ver, considerar que a questão dos limites do Poder Constituinte se situa entre dois aspectos: o fato de ser anterior à positividade constitucional faz dele uma faculdade incondicionada, mas a circunstância de estar vinculado a uma finalidade jurídica prende-o a determinados condicionamentos* (Saldanha, *O Poder Constituinte*, p.94/95).

<sup>13</sup> *Haja vista a esse respeito a Constituição revolucionária de 1791 na França, que tolhia toda proposição reformista durante as duas primeiras legislaturas, de modo que a iniciativa revisora deveria ainda repetir-se no curso de três legislaturas. Só na última, com mais de 249 constituintes especialmente eleitos para esse objetivo, poder-se-ia consumir a revisão, em 1801! É de assinalar que essa Constituição, sem embargo do empenho dos constituintes em fazê-la intocável por tanto tempo, durou menos de um ano!(...) A Constituição francesa do Ano III (...) produzia resultado semelhante (...). Os fatos porém não tinham a paciência da lei: o resultado foi o 18 do Brumário, estancando mais cedo que se esperava a obra dos constituintes do Ano III, capitaneados pelo Abade Sieyès* (Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p.176).

Ainda no Direito Comparado, a atual Constituição Portuguesa de 1976 contém no seu processo de mutação formal previsão de limitação temporal, vez que o mesmo somente se viabiliza no intercurso de cinco anos contados de sua publicação<sup>14</sup>. Tal exigência fez com que a primeira alteração de seu texto ocorresse apenas em 1982.

No Brasil, a Carta Imperial de 1824 traz em seu processo uma limitação temporal implícita, posto que determinava a ação combinada de legislaturas para fins de sua implementação. O mecanismo ocorria da seguinte forma: uma Legislatura autorizava por meio de ato normativo específico os termos (conteúdo) para que a Legislatura subsequente viesse a implementar de fato a alteração do texto constitucional. Acrescente-se a isso o fato de que seu artigo 174 determinava que somente decorridos quatro anos de sua promulgação seria admissível proposta de reforma da mesma. Nesses termos, a primeira mudança só viria a ocorrer em 1834, viabilizando à época uma maior autonomia em termos de competências para as Assembléias Provinciais. Contudo, é sabido que tal mudança foi tímida demais para impedir a eclosão de movimentos liberais – e até mesmo republicanos – como a Revolução Farroupilha no Rio Grande do Sul.

Na Carta vigente não se deve considerar como limitação temporal o regramento da Revisão Constitucional (artigo 3º do ADCT) determinando que sua implementação se concretizasse decorridos cinco anos de sua promulgação. Isso porque a limitação temporal deve ser compreendida como uma suspensão integral de toda e qualquer mutação formal no texto constitucional. E, como é por demais sabido, tal não ocorreu por aqui, vez que, já em 31 de março de 1992, foi aprovada a primeira emenda constitucional que dispunha sobre a remuneração de deputados estaduais e vereadores pela via ordinária de reforma, ou seja, pelo processo de reforma ordinário contido no artigo 60 da CF/88.

Uma segunda espécie de limitação ao processo de reforma e já considerada pela visão clássica é a circunstancial. Enquanto a temporal procura permitir uma estabilização das novas práticas e rotinas da vida institucional e societária, a circunstancial se legitima como mecanismo de garantia dos princípios estruturantes da Carta em períodos de agitação política extrema provocada por fatores naturais – grandes catástrofes – ou sociais, tais como golpes, guerra civil ou externa. Fiel a tal concepção, nosso texto vigente abraça em seu corpo (artigo 60, parágrafo primeiro) impedindo que haja qualquer alteração formal em seu texto na vigência de

---

<sup>14</sup> *Este limite costuma ser justificado pela necessidade de assegurar uma certa estabilidade às instituições constitucionais. A Constituição de 1976 oferece um exemplo típico da necessidade de conciliação da flexibilidade exigível a um texto constitucional com a solidificação da legalidade democrática. Assim: - estabeleceu-se, na versão originária, um período inicial de quatro anos durante o qual não seriam admissíveis quaisquer alterações (art. 284.º/1, conjugado com o art. 294.º/1, na redação primitiva); - fixou-se o espaço temporal de 5 anos como o lapso de tempo que deve mediar entre as revisões da Constituição (cfr. Art. 284.º/1); - aceitou-se a revisão extraordinária em qualquer momento (art. 284.º/2), desde que se satisfaçam os restantes requisitos exigidos (maioria qualificada de 4/5) (Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1132/1133).*

intervenção federal<sup>15</sup>, de estado de sítio ou de estado de defesa<sup>16</sup>.

A terceira espécie de limitação é a formal. Toda alteração do texto constitucional é regida por um procedimento que, em regra, a própria Carta traz em seu bojo. A análise comparativa entre os meios de operação de tal mudança em face dos procedimentos ordinários de criação de normas infraconstitucionais foi o que levou Lorde Bryce a classificar as Constituições em rígidas, semi-rígidas e flexíveis<sup>17</sup>. Na Carta atual, tal procedimento vem exposto no disposto no artigo 60, incisos I, II e III, bem como nos parágrafos 2º, 3º e 5º do mesmo artigo. Desnecessários comentários sobre os mesmos, certo de que qualquer manual de Direito Constitucional se dispõe a fazê-los<sup>18</sup>.

Entretanto, não é possível esquecer que nosso modelo atual adotou ao lado da via de reforma ordinária a revisão constitucional<sup>19</sup>. Esse processo foi previsto para uma única incidência ocorrido em 1993, não sendo pois, possível, nova realização. Previsto como instituto episódico, a revisão traduziu-se apenas em seis emendas, apesar de prever um procedimento bem mais simplificado do que a via ordinária<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Em 1997, deflagrou-se um dos mais sérios movimentos reivindicatórios no seio da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. A gravidade da situação fez com que o Exército garantisse a segurança do Palácio da Liberdade e do então Governador Eduardo Azeredo. A desordem era de tal ordem que um policial (Cabo Valério) viesse a falecer ao tentar conter a balbúrdia que se instalava à frente da sede do Alto Comando da Polícia, em Belo Horizonte. Muito se criticou a inércia do Governo Federal em decretar a intervenção federal no Estado. O fato de que simultaneamente tramitava a proposta de emenda constitucional que instituiu a reeleição presidencial foi entendido como causa de tal omissão.

<sup>16</sup> *Exemplo de disposição nesse sentido era a do artigo 94 da Constituição francesa de 1946, que interditava a revisão em caso de ocupação do território. Guardavam os franceses amarga lembrança do episódio político de julho de 1940 quando, invadida a França pelos exércitos alemães, reformaram-se em Vichy as Leis Constitucionais da III República, com parte do território nacional ocupado e debaixo da pressão militar estrangeira* (Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p.176/177).

<sup>17</sup> Nunca é demais lembrar que rigidez não se confunde com permanência de um texto constitucional. Basta, para tanto, lembrar de textos de índole constitucional ingleses, tais como a Magna Carta de 1215 e o *Bill of Rights* de 1688, que permanecem intocados até hoje, a despeito do fato do modelo inglês se adequar à classificação como flexível – passível de alteração pelo Parlamento sem formalidades mais exigentes do que aquelas previstas para as leis ordinárias.

<sup>19</sup> *No prolongado ciclo constitucional de nosso País, com cento e setenta e oito anos de existência, o termo indicativo da revisa constitucional aflorou na Constituição de 1934 (art. 178, §2º), de brevíssima duração, podendo-se dizer que, na história constitucional brasileira, A Constituição de 1934 não ultrapassou a fugaz permanência das rosas de Malherbe. É certo que a Constituição de 1934, com melhor percepção técnica do processo de mudança constitucional, conferiu à revisão constitucional tratamento mais adequado, para dispor sobre as matérias que poderiam constituir seu objeto, quando se cuidasse de modificação na estrutura política do Estado, na organização ou na competência dos poderes de soberania e no processo reformador (art. 178), disciplinando a formal e mais complexa tramitação do processo de revisão (art. 178, §2º). Acentuando a autonomia dos procedimentos, o texto de 1934 previa que a revisão seria incorporada à Constituição e a emenda, a ela anexada, com o respectivo número de ordem (art. 178, §3º) (Horta, *Direito Constitucional*, p. 83).*

<sup>20</sup> A legitimidade da revisão foi questionada por parte significativa de nossa doutrina que à época entendia que seu adimplemento dependeria da aprovação de mudanças estruturais no texto (monarquia e/ou parlamentarismo) pelo plebiscito de 1993. Veja: *O artigo 59 da Constituição, que institui de forma permanente a produção normativa das duas Casas do Congresso Nacional, ignora a revisão, qual se acha prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, provida de um grau inferior de rigidez exatamente concebido para tornar mais fácil a singular e extraordinária utilização desse mecanismo excepcional de reforma. Portanto, do ponto de vista jurídico, afigura-se-nos – e temos inumeráveis vezes reiterado esse entendimento – só haverá revisão constitucional, veículo da possível reforma estatuída no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se a resposta plebiscitária for favorável à monarquia constitucional ou ao parlamentarismo* (Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p.186).

Por último, as limitações substantivas ou materiais, também chamadas costumeiramente de cláusulas pétreas da Constituição. Decorrem da idéia de permanência dos elementos essenciais de um texto constitucional levando a que alguns elementos estruturais da conformação do Estado – a identidade da Constituição - ficassem acima da ação de qualquer Assembléia Revisora<sup>21</sup>.

A Carta brasileira atual traz esses elementos no §4º do artigo 60. Com isso o Poder Constituinte Originário teria elegido como matérias absolutamente intocáveis<sup>22</sup> a Federação como forma de Estado, a Separação de Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, bem como os direitos individuais.

A noção de que o Poder de Reforma ficasse manietado frente a determinadas matérias deriva da concepção da Constituição como norma jurídica. Apesar da Suprema Corte americana concebê-la nesse sentido para fins de controle de constitucionalidade desde o caso *Madison v. Marbury* (1803), a noção de rigidez constitucional associada à perspectiva de que a Constituição não se encerra tão somente no campo das declarações políticas é algo relativamente recente nos países de tradição romano-germânica.

Assim, os conceitos de rigidez constitucional e de limitações ao Poder de Reforma devem ser compreendidos dentro de uma postura positivista que pressupõe o Direito dentro das exigências de segurança e previsibilidade das relações sociais próprias do paradigma que tais idéias se inserem.

## 2. Poder Constituinte: visão moderna.

O século XX traz consigo novidades para a concepção da teoria do Poder Constituinte. Inicialmente confere a **titularidade** do mesmo ao povo, compreendido originalmente como dimensão subjetiva do Estado, típico do pensamento do constitucionalismo prussiano de Jellineck. Desse modo, a titularidade deixava de se estabelecer sobre um conceito de Nação, inegavelmente associado a noções de sociologia e antropologia – identidade de tradições, de etnia, de língua, de fé, etc. Jellineck concebe quatro formas de relação entre o indivíduo e o Estado na qual se destaca o *status activus* (*Status der aktiven Zivität*) pela qual se reconhece ao indivíduo o direito de participar na formação na organização e na vontade política do Estado<sup>23</sup>.

Com o decorrer do tempo, a perspectiva da titularidade do povo assumiu nova justificação. A noção de que a complexidade do mundo atual não permite a predominância de um único modo de vida ou projeto de vida boa fez com que o constitucionalismo assumisse feições marcadamente pluralistas. Dessa forma, a

---

<sup>21</sup> Cf. Campos, *Direito Constitucional*, v.2, p.80.

<sup>22</sup> Maria Helena Diniz classifica tais limitações como normas constitucionais de eficácia absoluta, ou seja, intocáveis pelo Poder de Reforma. Cf. Diniz, *Norma constitucional e seus efeitos*.

<sup>23</sup> Cf. Jellineck *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi.*, p. 97/98.

opção pelo povo permitia que a teoria do Poder Constituinte incorporasse perspectivas ligadas à tolerância e ao direito à diferença.

Desse modo, superavam-se gargalos da teoria clássica, tais como a existência de nações sem Estado, tais como a palestina, a curda, a armênia e, de outro lado, a configuração de diversos Estados nos quais a diversidade lingüística, religiosa, cultural e religiosa é predominante, tais como, por exemplo, a Índia, o Brasil, o Canadá e os Estados Unidos.

Por conseguinte, segundo tal compreensão, só seria possível falar em Constituição se a mesma fosse construída em cima de um determinado povo. Sem povo não haveria que se falar em Constituição!

No que se refere à **execução**, o constitucionalismo moderno percebe a fragilidade da concepção clássica ao ver o Poder Constituinte tão somente como uma Assembléia, a configurar o ato de fundação do novo ordenamento jurídico. Dessa forma, a visão clássica não percebia a possibilidade de que o Poder Constituinte pudesse ser exercido pelos costumes e tradições de um povo (Cartas consuetudinárias) ou por outros mecanismos, tais como tratados internacionais, que ampliam o número de Constituições inorgânicas – não codificadas – no mundo.

O tratado “quatro-por-dois” que viabilizou a unificação da Alemanha com a queda do muro de Berlim, a despeito de não se constituir formalmente como norma constitucional, acaba cumprindo ao lado da Lei Fundamental de Bonn papel inegavelmente similar. No Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos incorporaram-se ao texto constitucional como equivalentes a emendas nos termos do artigo 5º, § 3º, nos termos da redação promovida pela emenda nº 45/2004 à CF/88. Desse modo, por aqui a questão se cinge a modalidade nova de exercício de Poder Constituinte Derivado de Reforma.

Ackerman<sup>24</sup> anota que o Poder Constituinte Originário pode se manifestar em oportunidades distintas daquelas previstas pelo modelo clássico de uma Convenção. Nesse sentido, entende haver óbice ao exercício de controle da constitucionalidade das leis quando há manifestação soberana do povo, ou seja, quando do exercício daquele Poder. Para ele, a Suprema Corte fica manietada no instante em que decisões políticas são tomadas pelo o que denomina de “cidadania fortemente mobilizada”. Em casos que tais, mesmo em se tratando de normas que cuidem de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, todo o texto constitucional pode ser modificado.

Na história americana, Ackerman relata a ocorrência de três oportunidades em que houve exercício de tal Poder: a fundação dos Estados Unidos, ocasião em que uma Convenção de representantes dos treze Estados se transformou em

---

<sup>24</sup> Ackerman, *We, the people. Foundations*, p.192.

Assembléa Constituinte; no período da Reconstrução, em que o modelo de federalismo dual cedeu espaço para um federalismo cooperativo com uma ampliação significativa das competências federais<sup>25</sup>; e, por último, com a implantação do Estado Social, ali implementado sem qualquer alteração na Constituição, mas por via infraconstitucional, em especial pelo conjunto de normas ordinárias que deram forma à política intervencionista de Franklin Delano Roosevelt (*New Deal*).<sup>26</sup>

Com relação à Assembléa Constituinte, o constitucionalismo moderno classifica seu exercício em democrático e não democrático. A via não democrática se daria toda vez que houvesse usurpação da vontade popular, seja por arbítrio de um Imperador (Brasil/1824), de um ditador (Brasil/1937), de uma facção política (União Soviética/1919), ou por potências estrangeiras, tais como as Constituições dos países da antiga “Cortina de Ferro” ou como a Carta Japonesa de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, ambas aprovadas diante de clara pressão dos países ocidentais, em especial os Estados Unidos.

A via democrática implica, ao contrário da anterior, um respeito indispensável à vontade do povo. Esse caminho poderia assumir um caminho dúplice: pelo processo democrático representativo, no qual o povo se limitaria a eleger seus representantes livremente e pelo processo democrático direto, no qual além da referida eleição os trabalhos constituintes seriam antecidos por um plebiscito ou homologados/rejeitados por um referendunum<sup>27</sup>. É bom que fique claro que, no Brasil, a Carta vigente adotou o primeiro processo, vez que o plebiscito realizado em 1993 se deu para anteceder o exercício do Poder Derivado de Reforma e não do Poder Constituinte Originário.

Esse raciocínio importa uma valorização inaudita ao ato de fundação do texto constitucional. É isso que faz com se exija uma Assembléa Constituinte exclusiva, de modo que os constituintes não se submetam a pressões desnecessárias - Poder Executivo, do poder econômico, etc - ligadas à sua sobrevivência política (reeleição). Essa uma das críticas que se faz a nosso processo constituinte, vez que

---

<sup>25</sup> Em 1787, os constituintes deram ao Congresso o poder de regular o comércio entre os diferentes Estados. À época, existentes apenas os treze Estados que originalmente formaram a Federação americana, pouco povoados e de caráter predominantemente agrícola, o comércio entre eles não tinha grande significação na vida econômica do país. Mas, no século passado, com as mudanças provocadas pela revolução industrial, revolução comercial e principalmente pela revolução dos meios de comunicação de massa, o comércio entre os Estados cresceu vertiginosamente. Pois bem, sem mudar uma única palavra da Constituição, o Congresso dos Estados Unidos, assumiu e legislou sobre uma enorme gama de atividades, da maior importância para o povo dos Estados Unidos. (...) Por interpretação legislativa, deu-se feição nova à Constituição de 1787, pois que o agigantamento do exercício do poder do Congresso trouxe uma modificação conseqüente no equilíbrio entre a União e os Estados (Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição*, p.96).

<sup>26</sup> Ackerman, *We, the people. Foundations*, p.160.

<sup>27</sup> Nas concepções democráticas, o exercício do poder constituinte pode-se realizar através da democracia direta ou da democracia representativa, ou de fórmulas mistas que combinem ambas as formas. Democracia direta, em matéria de poder constituinte, são os referendos de aprovação da Constituição. Democracia representativa são os sistemas de convenções constituintes, em que o povo é convocado para eleger uma assembléa que especificamente e unicamente vai exercer o poder constituinte. Já os sistemas mistos são aqueles que combinam a nota representativa com a participação direta do povo (Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, p.32).

o mesmo processou-se junto dos trabalhos do Parlamento Ordinário.

O constitucionalismo moderno percebe claras incongruências nas características estabelecidas pela versão clássica. Nesse diapasão, tanto o Poder Constituinte Originário quanto o Poder Derivado de Reforma são entendidos como manifestação jurídica, ou seja, como poder de direito. Isso leva a diversas conclusões.

A primeira delas é que tanto o Poder Constituinte Originário quanto o Poder Derivado de Reforma são limitados. Ora, isso no que se refere ao primeiro representa enorme novidade em relação ao primeiro modelo. Tais limitações seriam de três espécies: territoriais, culturais e relativas aos direitos humanos.

As limitações espaciais sustentam a concepção de que o Poder Constituinte se identifica necessariamente à uma base territorial. Logo, em um exemplo simplista, nossa Constituinte não poderia eleger como capital espaço territorial que desbordaria o exercício próprio da soberania estatal, tal como, por exemplo, as cidades de Nova York ou de Buenos Aires (por mais que insistam os “irmãos” da América do Norte...).

As limitações culturais são de fácil compreensão. Se o povo é o titular do Poder Constituinte Originário, por certo o mesmo terá condicionamentos inerentes a sua cultura e tradições. Desse modo, o processo constituinte estaria condicionado por elementos desse pano de fundo cultural da qual a humanidade não pode se libertar. Um exemplo desses limites são ações quase que do inconsciente do constituinte ao assumir elementos sacros de uma religião dominante. Na Constituição brasileira de 1988, a menção a Deus – preâmbulo - e a previsão de um descanso semanal remunerado preferencialmente aos domingos (art. 7º, inciso XV) ilustram bem um condicionamento do texto com tradições predominantemente cristãs da nossa população.

Por conseguinte, já é possível perceber que o constitucionalismo moderno não consegue se livrar inteiramente da herança clássica ao aproximar demasiadamente os conceitos de povo e de nação. De um lado, pretendem abraçar a matriz do ordenamento *jurídico como* algo que avance em cima da complexidade estrutural do mundo moderno, ou seja, suportando a concepção de um Direito pluralista. De outro lado, concebe limites ao Poder Constituinte Originário com bases sociológicas/antropológicas que incidiriam sobre seu titular.

Neste sentido, a perspectiva de Michael Walzer sobre a distinção entre uma moralidade densa, própria da nação e de uma moralidade delgada (mínima) inerente ao conceito de povo poderia ser um caminho para tal distinção<sup>28</sup>? Em

---

<sup>28</sup> *I want to endorse the politics of difference and, at the same time, to describe and defend a certain sort of universalism. This won't be a universalism that requires democratic government in all times and places, but it opens the way for democracy wherever there are enough prospective and willing citizens. More important, perhaps, it prohibits the brutal repression of both minority and majority groups in democratic and non-democratic states (Walzer Thick and thin: moral argument at home and abroad., p.x).*

outras palavras, esses limites que se impoem ao Poder Constituinte Originário como derivativo de condicionamentos ao povo estariam no plano de valores universais?

Para tanto, Walzer parte do pressuposto de que existem dois tipos diferentes, ainda que inter-relacionados, de argumentos morais. O primeiro, que ele designa “denso” (thick), é relativo aos valores das pessoas que compartilham uma história e cultura comuns. O segundo, designado como “delgado” (thin), se refere a valores comuns compartilhados por qualquer ser humano, independentemente da cultura que professa. (...) Esta moralidade mínima seria uma espécie de “consenso justaposto”, na medida em que representa a justaposição de regras e princípios que são compartilhados por diferentes culturas, em diferentes lugares. Entretanto, ao contrário do consenso justaposto em Rawls, que legitima uma concepção de justiça, esta justaposição de princípios comuns não pode tomar o lugar de uma moralidade densa, na medida em que a eficácia de tais princípios vai depender da forma como sejam interpretados no interior de sistemas culturais “densos” (Cittadino, Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva, p.118/120).

Em nossa opinião, como se viu acima, a resposta ainda deve ser negativa, vez que é o próprio autor que admite que é nos termos da moralidade densa, ou seja, substantiva e peculiar a cada comunidade, que a maior parte dos conflitos interpessoais se resolve.

Por último, encontram-se discursos favoráveis a que os direitos humanos fossem sempre um limite maior à ação do Poder Constituinte Originário. Esse ponto de vista se consolida na segunda metade do século XX em cima da retomada do pensamento jusnaturalista<sup>29</sup>. Isso se explica diante do horror do holocausto provocado contra minorias étnicas, religiosas e políticas pela máquina de guerra nazista. A Corte Constitucional alemã admitiu a possibilidade do processo constituinte ser limitado por direitos suprapositivos<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> *Pela doutrina, há normas dotadas de supremacia mais enérgica de que as comuns do texto constitucional e das leis ordinárias. São as que compõe a declaração dos direitos individuais, não criados pelo Estado, não decorrentes de ordenamento jurídico estatal e preexistentes ao próprio Estado, para acompanhar a pessoa humana. São direitos naturais do homem. Por isso, a técnica constitucional emprega unanimemente o termo “Declaração de Direitos”. Este termo designa a recepção dos direitos naturais do ordenamento constitucional. Direitos anteriores ao ordenamento estatal se fazem revestir de uma certa supremacia que os coloca numa posição singular e que, atualmente, são acrescentados pelos direitos sociais. Aí está o campo da superioridade das Declarações de Direitos a que se referiu Leon Duguit. Em face das leis constitucionais francesas de 1875, que não mencionavam Declaração de Direitos, o grande publicista sustentou que os direitos naturais existiam naquele ordenamento, por identificarem a filosofia do regime, havendo sido proclamados em 1789. Nenhum ato constitucional posterior, é tese de Duguit, poderia ab-rogá-los. Ficava, portanto, a matéria dos direitos individuais no campo da superlegitimidade constitucional (Melo, Direito Constitucional Brasileiro, p.107, sem destaque no original).*

<sup>30</sup> Cf. Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais*.

O elemento majoritário do Poder Constituinte deveria encontrar freios nos direitos humanos de tal forma a que a tolerância fosse marca registrada de todo e qualquer texto constitucional. O respeito a tais limites se daria pelo fato de que a Constituição não poderia conceber um Estado absolutista e incondicionado.

A perspectiva de um Poder Constituinte Originário construído entre as molduras do ordenamento jurídico (poder de direito) implica ainda uma outra consequência: a observação de que o exercício do mesmo não implica, necessariamente, uma ruptura integral com o edifício jurídico sustentado pela Constituição anterior.

De fato, o que se registra ao longo dos últimos 250 anos contrariou diretamente a visão clássica de que o Poder Constituinte Originário seria sempre fruto de um processo revolucionário. O que se percebe, ao contrário, é que quase sempre há uma **continuidade formal e material** entre o novo texto constitucional e aquele que revoga pela ação constituinte.

É possível lembrar o fato de que a Assembléia Constituinte, que redigiu a Carta de 1988, foi convocada pelo veículo formal da emenda constitucional nº 26 de 1985 à Constituição de 1967. De outro lado, a presença de elementos, tais como as normas transitórias de acomodação (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), ao lado de fenômenos como o da recepção de normas infraconstitucionais anteriores ao advento da nova Carta que demonstram sobejamente que o Poder Constituinte Originário não promove um aniquilamento completo da ordem jurídica anterior<sup>31</sup>.

O fenômeno da recepção tem recebido da doutrina enormes subsídios. Jorge Miranda denomina de “novação” o fenômeno de atualização/construção de sentido de normas infraconstitucionais eventualmente recepcionadas. Esmein<sup>32</sup> denomina de “desconstitucionalização” a recepção de normas constitucionais da Carta revogada que implicaram a perda concomitante de hierarquia, ou seja, que perderam a condição de norma constitucional, tornando-se com isso normas infraconstitucionais.

Da mesma maneira, a recepção tem procedido a fenômenos interessantes. Um deles se dá quando uma norma altera sua natureza formal, implicando com isso uma mudança no processo de eventual modificação ou revogação. Exemplo disso é o Código Tributário Nacional que, a despeito de ter sido promulgado como lei ordinária, assume as características de lei complementar. Outro exemplo ocorre

---

<sup>31</sup> *A Constituição Federal de 1988, a exemplo das Constituições de 1946 e 1967, não explicitou o princípio geral da continuidade das leis. Preferiu solução parcial, para contemplar a vigência transitória, em determinados casos, como fez em relação ao sistema tributário, ressaltando a vigência parcial de legislação anterior. Com efeito, dispondo que o sistema tributário anterior nela concebido entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao de sua promulgação, a Constituição assegurou a aplicação da legislação anterior, no que não fosse incompatível com o novo sistema tributário e com a legislação dele decorrente (Horta, *Direito Constitucional*, p.203).*

<sup>32</sup> Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, v.1, p.580.

quando a recepção promove uma alteração no campo federativo das competências legislativas. Bom exemplo é aquele que se deu com a alteração da competência original da União Federal de tratar da criação e organização de Regiões Metropolitanas<sup>33</sup> e que hoje, com o advento da Carta de 1988, foi repassada para o âmbito estadual (art. 25, § 3º).

O constitucionalismo moderno traz também consigo novidades importantes no que se refere ao Poder Derivado de Reforma. A distinção mais significativa se dá pela consideração de que a Constituição pode sofrer alterações informais, ou seja, uma evolução nas dimensões sintática, semântica e pragmática do texto.

Em outras palavras, o constitucionalismo moderno começa a perceber que a Constituição pode ter alterado seu alcance e significação sem que haja necessariamente modificação no seu texto. Abre-se com isso a possibilidade do que Anna Ferraz, em obra monumental do Direito Constitucional pátrio, denomina de mutações informais da Constituição.

Anna Ferraz desenvolve conceito originalmente elaborado por Burdeau de um Poder Constituinte difuso<sup>34</sup>, algo que se exerceria no cotidiano e que não poderia ser aferido pelos mecanismos institucionais<sup>35</sup>. Por conseguinte, Ferraz percebe que a legislação infraconstitucional, os costumes e a hermenêutica seriam exemplos de tais mecanismos.

A **mutação informal** mais simples de ser percebida é a interpretação da Constituição. Especialmente por trabalhar com uma conceitualidade mais aberta e polissêmica, a Constituição abre espaço para aquilo que Bonavides denomina de paradoxo: de um lado a hermenêutica abriria espaço para a evolução do Direito em face dos fatos sociais, de modo a impedir que os mesmos desaguassem em eventos revolucionários; de outro, abriria o flanco para a incerteza e para a insegurança jurídica, vez que a plasticidade da Carta poderia se tornar uma total fluidez.

Por conseguinte, a doutrina brasileira do *habeas corpus*, pela qual nossos tribunais estenderam matérias não afetas à cognição estrita da liberdade de locomoção dos indivíduos, se presta a espelhar a concepção de que a Constituição evolui sem que ocorra alteração no corpo de seu texto.

De qualquer forma, parece fora de qualquer dúvida de que a interpretação, seja judicial, administrativa ou legislativa, modifica a Constituição. Veja:

A extensão do voto feminino no Brasil pode exemplificar a questão.

A Constituição republicana de 1891, artigo 70, determinava que seriam

---

<sup>33</sup> CF/67. – Art.157, § 10º. – “A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões econômicas.”

<sup>34</sup> E que certamente será relido mais tarde nos termos da teoria discursiva do direito.

<sup>35</sup> Burdeau, *Traité de science politique.*, v.4, p.246/247.

eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, e excluía, expressamente, em seus parágrafos, os mendigos, os analfabetos, as praças de pré, os religiosos e os inelegíveis.

Na interpretação doutrinária, jurisprudencial e legislativa desse texto, prevaleceu o entendimento de que além das “exclusões expressas, subsistia a das mulheres visto não ter sido aprovada nenhuma das emendas que, na constituinte, lhe atribuíam o direito de voto político”. A palavra-chave para inferir-se tal interpretação foi o uso do vocábulo cidadão que abrangia, segundo se interpretou à época, somente o sexo masculino.

Porém, em 1932, sem que se alterasse a letra da Constituição, mantida em vigor pelo Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, o voto feminino, por interpretação constitucional legislativa, foi consagrado (Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, p.39).

Partindo-se da noção de que a Constituição não é uma norma isolada, eis que é a base de todo o ordenamento jurídico e do suposto de que é uma obra imperfeita, surge outro exemplo de mutação informal: a legislativa. O exame da Constituição está sempre a indicar que seu texto, vez por outra, deixa lacunas ou que suas normas constitucionais não dispõem sempre de eficácia plena. A teoria das normas programáticas, difundida no Brasil por José Afonso da Silva nas décadas de 1970 e 1980, ilustra bem a questão.

Nesse sentido, uma lei que viesse a ocupar tais espaços de certo provocaria uma sensível mudança na densidade normativa constitucional. Pinto Ferreira cita como exemplo a Lei de Sucessão Presidencial de 1886 nos Estados Unidos, eis que a Carta de 1787 não se ocupava de regulamentar o processo de preenchimento do cargo de Presidente nas hipóteses de ausência simultânea de Presidente e vice-Presidente eleitos para ocupá-lo<sup>36</sup>.

Por último, a mutação consuetudinária tem sido prática usual em caso de lacunas ou omissões constitucionais. Tais práticas, em razão de seu prestígio, têm se perpetuado no tempo e se transformado em tradição constitucional. Observe:

Burdeau menciona a *prática constitucional* consistente na vedação de reeleição para o cargo de Presidente da República, na França, mantida até 1939 pela Assembléia Nacional, situando-a como simples interpretação costumeira diante de norma constitucional que permite sentidos diversos. E Jacques Cardart cita a criação da função de *Presidente do Conselho*, órgão capital da III República, como de origem costumeira. (...) Na praxe constitucional americana há exemplo que pode ser

---

<sup>36</sup> Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, v.1, p.159.

arrolado como costume *praeter legem*: a proibição de reeleição para Presidente da República, por mais de dois mandatos consecutivos. Entendida com emanção lógica do regime representativo republicano, baseado na temporariedade de mandatos, tal praxe perdurou nos Estados Unidos, sem base constitucional, por cerca de cento e cinquenta anos (Ferraz, *Processos Informais de mudança da Constituição*, p. 202/203).

O costume constitucional de proibição de mais de uma reeleição foi quebrado com as quatro eleições de Franklin Delano Roosevelt, o que, mais tarde, ensinaria a aprovação da emenda constitucional de nº 22, impondo positivamente tal restrição.

### **3 – Poder Constituinte: visão contemporânea**

#### **3.1 Introdução e Limites para seu exercício no âmbito da teoria discursiva.**

Desde o período moderno, ou seja, pós-revolução francesa, as teorias da soberania popular construíram um novo conceito de *praxis* política. A partir de então, a legitimidade do soberano deixava o campo escatológico de uma justificação divinatória dos reis e assumia em Rousseau uma noção de participação de todos na prática de auto-legislação.

Com isso as teorias da Poder Constituinte compreenderam sucessivamente seu exercício pela titularidade de um ente coletivo: a Nação e, depois, o povo. Percebe-se de pronto que a teoria clássica tem fundamentos claramente na visão aristotélica da *polis* grega em torno da noção da homogeneidade de valores, tais como o bem, o justo e a verdade.

No período moderno, a titularidade do mesmo centra-se na noção de povo. Primeiramente, como uma entidade amorfa e coletiva, que consistiria na dimensão subjetiva do Estado, tal como se depreende da obra de Jellineck. Depois, pelo reconhecimento das conquistas liberais pelas quais os direitos humanos antecederiam e conformariam a constituição do próprio Estado. Assim, paulatinamente, a figura do povo passou a ganhar individualidade no homem, de forma a que a cidadania ganhasse em densificação. O titular do Poder Constituinte passou a possuir distintos projetos individuais de vida digna, em função de crenças éticas, morais, religiosas ou em função de sua condição de gênero, de idade, de opção sexual, de etnia etc. Contudo, por meio da teoria discursiva, é possível apontar ao menos dois reparos na construção dessa visão.

O primeiro, pelo fato de que o conceito de povo traz em si um forte viés do constitucionalismo clássico ao concebê-lo como catalisador de uma identidade

cívica. Ou seja, a perspectiva de que o constitucionalismo moderno tivesse superado a noção de homogeneidade axiológica, própria do conceito de Nação, de fato não ocorreu.

Quanto ao segundo reparo, observa-se que a atribuição da titularidade do Poder Constituinte tão-somente ao cidadão, de certo padece da miopia da visão do constitucionalismo liberal. Isso fica mais claro quando se examinam os limites que os direitos humanos opõem ao Poder Constituinte Originário, como algo que demarcasse de antemão seu exercício, fixando, com isso, o espaço da autonomia estatal.

Por conseguinte, será indispensável uma análise mais detida de tais questões para aferir em que aspecto a teoria discursiva poderia contribuir para a evolução da teoria do Poder Constituinte, em especial para o exame de sua titularidade.

Com referência ao conceito de povo como algo inerente à titularidade do Poder Constituinte, tem-se como subjacente perspectiva de que o mesmo é indispensável à configuração do Estado e, por tabela, do exercício do Poder Constituinte Originário. Dessa forma, sem povo não haveria Poder Constituinte e nem tampouco Estado nacional. Não são poucos a sustentar que os mesmos não poderiam se formar fora do ambiente nacional, pois só poderiam subsistir pela consolidação de um povo, e, por conseguinte, da homogeneidade axiológica em torno de tradições, cultura e de uma língua comum<sup>37</sup>. A questão de uma identidade cívica é o que permitiria, por exemplo, a capacidade do Estado nacional implementar políticas sociais.

Essa identidade cívica teria sido aquilo que fundou tanto a noção de nação/nacionalismo (consciência do nós) quanto a noção de responsabilidade<sup>38</sup> para com

---

<sup>37</sup> *O simbolismo cultural de um “povo” que se certifica justamente do seu caráter próprio – ou seja, do seu “espírito de povo” nas presuntivas descendência, língua e história comuns – gera uma unidade, ainda que imaginária, e faz desse modo com que os habitantes do mesmo território estatal tomem consciência de uma pertença, até esse momento abstrata e que havia sido mediada apenas juridicamente. Somente a construção simbólica de um “povo” faz, do Estado moderno o Estado nacional. A consciência nacional abastece o Estado territorial (Flächenstaat), constituído nas formas do direito moderno, com o substrato cultural para a solidariedade cívica (Habermas, A constelação pós-nacional, p.82, nosso destaque)*

<sup>38</sup> *Para (Karl) Jaspers, o conceito de culpa deve ser entendido em quatro sentidos. [...] Do ponto de vista criminal, ou jurídico, só são culpados os indivíduos que cometeram efetivamente atos qualificáveis como crimes. Do ponto de vista político, todos os cidadãos de um Estado – pelo menos os de um Estado cujo governo é proveniente de eleições democráticas, como é o caso do governo hitlerista – são corresponsáveis pelos atos, e logo pelos crimes cometidos por esse Estado. Do ponto de vista moral, cada testemunha dessa tragédia deve se indagar se ela sempre fez, nas condições penosas em que se encontrava, o melhor que podia. Do ponto de vista metafísico, isto é, do ponto de vista da solidariedade universal, cada um de nós tem a ver com aquilo que acontece aos outros, ainda que aparentemente nada possa fazer – pois, a rigor, nenhum de nós pode se declarar indiferente ao fato de que outros homens sejam maltratados, mesmo que isso esteja ocorrendo do outro lado do planeta (Delacampagne, História da filosofia do século XX, p.167-168, acréscimo nosso).*

seus iguais<sup>39</sup>, seja por meio de tributos distributivos ou, até mesmo, por “dívidas morais” herdadas de outras gerações, tais como a questão do holocausto na Alemanha.

Em outras palavras, o conceito de povo é usualmente empregado em um contexto de enraizamento étnico de seus membros que promove uma “irmandade imaginária” fundida em noções de passado/futuro e destino comuns. Será essa perspectiva que levará Schmitt a conceber uma democracia sustentada em torno de questões de “sobrevivência” dos valores homogêneos de uma cultura/raça e a identificação de amigos/inimigos de um povo.

Essa noção de povo identifica-se com as bases do pensamento comunitarista que remonta a Aristóteles, ou seja, como um dado pré-político e extra-jurídico. Somente a partir da noção de povo com caracteres relativamente homogêneos seria possível pensar-se na construção de uma Constituição, tal como já preconizaram Dieter Grimm e o Tribunal Constitucional da Alemanha<sup>40</sup>.

Habermas procura compreender a noção de povo fora de sua noção comunitarista, o que o leva a preconizar algo de novo, de forma a conceber uma forma original de composição da autonomia pública e privada dentro e fora<sup>41</sup> dos limites dos Estados nacionais.

Sua proposta demanda a concepção de **patriotismo constitucional**, incorporando, com isso, noções ligadas ao pluralismo, à tolerância e ao direito à diferença<sup>42</sup>. O conceito de povo não seria, pois, um dado pré-político ou extra-jurídico, mas uma construção social em favor de um consenso fundamental que permitiria a convivência de distintos projetos de vida boa.

Desse modo, a noção de povo poderia perder seu caráter de *ethos* compartilhado como elemento histórico/cultural para subsumir-se em um processo

---

<sup>39</sup> A transformação da “nação aristocrática” em “nação popular”, que avança a partir de fins do século XVIII, pressupõe uma mudança de consciência, inspirada por intelectuais, que se impõe inicialmente na burguesia cidadina, sobretudo academicamente letrada, antes de alcançar eco em camadas mais amplas da população e ocasionar progressivamente uma mobilização das massas. A consciência nacional popular cristaliza-se em “comunidades imaginárias” (Anderson) engendradas nas diferentes histórias nacionais, as quais se tornaram o cerne da consolidação de uma nova auto-identificação coletiva (Habermas, *A inclusão do outro*, p.127)

<sup>40</sup> O Tribunal Federal Constitucional alemão, num determinado trecho da fundamentação de sua sentença sobre Maastricht, até mesmo insinua esta interpretação: “A democracia [...] depende da existência de determinados pressupostos pré-jurídicos, tais como uma permanente e livre discussão entre as forças sociais, os interesses e as idéias que se defrontam umas com as outras, através da qual também seja possível esclarecer e modificar metas políticas e a partir da qual uma opinião pública pré-formula a vontade política[...] Partidos, associações, imprensa e radiodifusão são tanto meio como fator deste processo de intermediação, a partir do qual poderá configurar-se uma opinião pública na Europa”. *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1993, 437s. A observação seguinte, a respeito da necessidade de uma língua comum, parece ter a finalidade de construir uma ponte entre este conceito de democracia, baseado na teoria da comunicação, e a homogeneidade do povo de um estado, geralmente considerada como necessária (Habermas, *A inclusão do outro*, nota nº 54, p.176).

<sup>41</sup> O atual debate acerca da adoção de uma Constituição para a Europa é diretamente afeto ao problema do déficit de legitimidade da organização jurídico-política da União Européia. Por isso mesmo, iniciaremos a nossa abordagem da questão pelo aspecto da possibilidade de uma Constituição sem Estado (Carvalho Netto, *A Constituição da Europa*, p. 283).

circular de auto-compreensão estabelecida mediante uma comunicação entre os cidadãos, inclusive entre aqueles de diferentes nacionalidades. Com isso, não pretende dizer que é necessário uma perda de raízes culturais. Pretende apenas apostar que o cerne do exercício do Poder Constituinte deve se afastar da procura de um consenso em torno de valores éticos substantivos, apostando em um consenso procedimentalista em torno de princípios universais.

É preciso lembrar que o conceito comunitarista de povo se desdobra em um contexto de nacionalismo que vinculava estranhos dentro de um mesmo vínculo. Essa identidade se dá através da simbologia de um passado comum (bandeira, brasão, hino nacional e datas comemorativas), normalmente evocado por monumentos à memória de passagens notáveis da história, em especial de atos de bravura em conflitos armados.

O nacionalismo permitiu que o Estado nacional se consolidasse como seu fundamento, substituindo qualquer justificativa metafísica de ligação da soberania com o plano divinatório. Essa<sup>43</sup> deixava o plano religioso e passava para a dimensão política. Resolvia-se com isso o problema de uma base democrática para a legitimação do poder estatal por meio de um nexo de solidariedade republicano entre as pessoas.

Y a medida que la soberanía del príncipe se transforma en soberanía popular, esos derechos de los súbditos, otorgados en términos paternalistas, se transforman en derechos del hombre y en derechos del ciudadano. Estos garantizan, junto con la autonomía privada, también la autonomía política, y en principio lo hacen para todos por igual. (...); es la idea de nación la que empieza trayendo a la consciencia de los habitantes de un territorio estatal una nueva forma, una forma políticamente mediada de copertenencia (Habermas, *Más allá del Estado nacional*, p.185/186).

---

<sup>42</sup> *Lo que une a los miembros de una sociedad definida por el pluralismo social, por el pluralismo cultural y por el pluralismo en lo referente a las concepciones últimas del mundo, son primordialmente los principios y procedimientos abstractos de un orden republicana "artificial", es decir, generado en el medio del derecho. Estos principios constitucionales sólo pueden echar raíces en las motivaciones de los ciudadanos, después de que la población haya hecho buenas experiencias con sus instituciones democráticas y se haya acostumbrado a esa situación de libertad política. Es entonces cuando aprende también a entender la República y su Constitución como un logro histórico obtenido en cada caso desde el propio contexto nacional* (Habermas, *Más allá del Estado nacional*, p.77).

<sup>43</sup> *A pressuposição de uma identidade coletiva indisponível acaba forçando a políticas repressivas, seja de assimilação coercitiva de elementos estranhos, seja de preservação da pureza do povo, mediante apartheid ou limpeza étnica, pois "um Estado democrático perde(ria) sua própria substância por um reconhecimento conseqüente da igualdade geral entre os seres humanos no âmbito da vida pública e do direito geral". Além das medidas preventivas para o controle da admissão de estrangeiros, C. Schmitt fala ainda na "submissão e evacuação da população heterogênea", assim como em sua segregação geográfica, ou seja, na instalação de protetorados, colônias, reservas, homelands, etc* (Habermas, *A inclusão do outro*, p.161-162).

<sup>44</sup> *A auto-estilização positiva da própria nação transformava-se agora no eficiente mecanismo de defesa contra tudo que fosse estrangeiro, mecanismo de despreço de outras nações e de exclusão. Na Europa, o nacionalismo vinculou-se de forma muito conseqüente ao antisemitismo* (Habermas, *A inclusão do outro*, p.127).

Por outro lado, o nacionalismo trouxe consigo também a xenofobia<sup>44</sup>, materializada por horrendas guerras e massacres de etnias minoritárias, como se exemplifica por aqui com a guerra do Paraguai e com o extermínio dos indígenas.

Dessa maneira, o conceito de povo modelado em uma cidadania participativa não pode se legitimar em cima de um tratamento discriminatório contra o estrangeiro, que é visto sempre com desconfiança e sob suspeita<sup>45</sup>. A construção de uma cidadania em torno da noção de patriotismo constitucional e, por conseguinte, desvinculada do conceito de “nacional”, permanece em aberto e certamente levará um tempo considerável para sua conclusão<sup>46</sup>.

É preciso lembrar que o Poder Constituinte Originário não é exercido dentro de uma perspectiva de uma democracia representativa. Para Habermas, a noção de uma democracia participativa e radical pressupõe o indispensável respeito ao outro, traduzido por um diálogo permanente, seja com o “estrangeiro” ou até mesmo com a geração futura.

Nesse sentido, curioso o exemplo dado por Menelick Carvalho Netto em seminário realizado em Belo Horizonte sobre o assunto. Seria legítimo que a Congregação de todos os professores, alunos e servidores, em razão do princípio da autonomia universitária, determinasse o fechamento da centenária Universidade Federal de Minas Gerais? Será que os interesses das gerações futuras não deveriam ser considerados para fins de aferição da legitimidade do exercício de tal decisão? E, caso a resposta seja positiva, não seria necessário considerar a possibilidade de que a titularidade do Poder Constituinte Originário não se pautasse por um elevado grau de indeterminação?

No tocante ao “estrangeiro”, tal pretensão não é mera utopia, pois já existem exemplos notáveis nesse sentido<sup>47</sup>. Assim, tem-se o exemplo de uma cidadania da comunidade européia ou de países forjados em grande parte por fluxos migratórios, como o Brasil e os Estados Unidos, podendo os mesmos contribuir para a construção desse modelo (de superação de uma forma de pensar etnocêntrica), tanto de forma positiva, como para os migrantes brancos, quanto de forma negativa, para os negros e os asiáticos. Por aqui, a Carta atual registra avanços notáveis no tocante ao tratamento dos estrangeiros que, ressalvados

---

<sup>44</sup> No Brasil, o capital estrangeiro é visto por segmento considerável de nossa intelectualidade com enorme desconfiança, ligando-o sempre a uma expectativa de exploração do trabalhador, de destruição da empresa concorrente nacional e pela violação de nossa soberania econômica. Contraditoriamente, o governo fala em atração desse mesmo capital como complemento de nossa poupança externa, sem o que a miséria e a exclusão social seriam ainda maiores.

<sup>46</sup> *O que une uma nação constituída de cidadãos – diferentemente da nação constituída por um mesmo povo – não é um substrato preexistente, mas sim um contexto intersubjetivamente partilhado de entendimentos possíveis* (Habermas, *A inclusão do outro*, p.181).

<sup>47</sup> *Na República Federal da Alemanha, como na maioria dos sistemas jurídicos do Ocidente, a situação jurídica dos estrangeiros e apátridas foi equiparada ao status de cidadãos. E, uma vez que a arquitetura da Lei Fundamental é determinada pela idéia dos direitos humanos, todos os habitantes gozam da proteção da Constituição. Os estrangeiros têm o mesmo status de deveres e direitos que os cidadãos nativos* (Habermas, *Direito e Democracia*, vol.II, p.298).

alguns direitos políticos, possuem um *Bill of Rights* quase idêntico ao dos nacionais.

Nesse contexto, já se identifica o aparecimento de uma nova simbologia, calcada também de forma distinta, ou seja, de maneira à “construir”, por meio de uma comunicação não-lingüística, uma consciência em torno da igualdade que se baseia na perspectiva de um pertencimento à humanidade (e não a um Estado nacional). Como exemplos, o monumento aos mortos na guerra do Vietnã que narra um episódio essencial na história recente da América e o monumento ao Holocausto inaugurado no dia 8 de maio de 2005 em Berlim, como parte das comemorações dos sessenta anos do fim da segunda guerra mundial.

Essa consciência de fazer parte de algo maior como a humanidade não precisa tornar o homem um ser essencialmente universal. Ao contrário, ele pode sê-lo sem perder seus laços com a cultura do berço de seu nascimento. Nesse ponto, Habermas constata que o avanço que a globalização produz sobre a cultura, a língua e as tradições locais não implica necessariamente a “derrota” das últimas, mas o aparecimento de uma nova cultura, algo que se abre ao “pior e ao melhor dos dois mundos”, mas que não afasta o arbítrio de todos nós.

Dessa forma, a percepção da teoria moderna de que a cultura atua de forma apriorística para limitar a ação do Poder Constituinte Originário deve ser radicalmente repensada, pois se é certo que não podemos nos desconectar desse vínculo de pertencimento, é preciso anotar que não somos escravos dos valores sob os quais nascemos e nos criamos. Essa percepção fica claro quando Habermas se posiciona sobre a dupla dimensão do mundo da vida e da evolução da humanidade – inclusive o próprio Poder Constituinte - como derivação do processo de aprendizagem.

O entendimento do que seja o mundo da vida envolve tanto sua dimensão transcendental como outra, designada por nosso autor de empírica. A primeira engloba tanto a consciência individual quanto a da coletividade na qual esse indivíduo se insere. Logo, compreende a cultura, as tradições, a percepção de pertencimento a um determinado grupo ou alguma instituição social, bem como a capacidade do indivíduo de agir e de se comunicar<sup>48</sup>.

A dimensão transcendente de contexto do mundo da vida constitui um pano de fundo no qual a humanidade se insere de forma intersubjetivamente compartilhada, o que transforma aquele que participa de um discurso em alguém que “está-envolvido-

---

<sup>48</sup> [...] o mundo da vida constitui o horizonte de uma práxis do entendimento mútuo, em que os sujeitos que agem comunicativamente procuram, em conjunto, chegar a bom termo com seus problemas cotidianos. **Os mundos da vida modernos diferenciam-se nos domínios da cultura, da sociedade e da pessoa.** A cultura articula-se - segundo os aspectos de validade das questões sobre verdade, justiça e gosto - nas esferas da ciência e da técnica, do direito e da moral, da arte e da crítica da arte. **As instituições básicas da sociedade** (como a família, a Igreja e a ordem jurídica) **geraram sistemas funcionais que** (como a economia moderna e a administração do Estado) **desenvolvem uma vida própria por meios de comunicação próprios** (dinheiro e poder administrativo). **As estruturas da personalidade, por fim, nascem de processos de socialização que equipam as jovens gerações com a faculdade de orientar-se de maneira autônoma num mundo tão complexo** (Habermas, *Verdade e Justificação*, p.320, nosso destaque).

numa-comunicação-lingüística-voltada-para-o-consenso”. Contudo, nosso autor deixa claro ser indispensável interlocução da dimensão transcendente com a empírica do mundo da vida, pois será justamente essa última que permite ao indivíduo uma relação crítica e interativa com a primeira, de forma a possibilitar uma evolução pessoal do mesmo em termos de posições e opiniões pessoais.

Dessa maneira, de uma forma metafórica, diversamente do que supunha a teoria moderna do Poder Constituinte, a dimensão transcendental do mundo da vida não pode ser visto como algo que imobiliza o indivíduo ou a sociedade. Todos podem caminhar, mas dentro de um horizonte lingüístico, ou seja, no limite da dimensão do arco de suas pernas (dimensão transcendente do mundo da vida).

Por conseguinte, o conceito de mundo da vida não pode ser entendido como um dado *a priori*, algo que seja um limite intransponível para a ação do Poder Constituinte Originário, visto que sua dimensão empírica permite o rompimento/superação de condicionantes impostos por esse pano de fundo lingüístico-cultural que envolvia os interlocutores do discurso.

O mundo da vida não pode ser entendido, tal como fazem as teorias modernas sobre o Poder Constituinte Originário, simplesmente como um pano de fundo castrador dos debates constitucionais, mas sim como alguma coisa que permite o entendimento, que absorve o risco do dissenso, equilibrando a dimensão de validade da fala e a faticidade das diferentes formas de vida concretas, o que confere à fala enorme força de integração das relações sociais.

Essa capacidade de ir além, de superar os limites culturais, de evoluir socialmente, insere-se na noção de aprendizagem do nosso autor, que combina a psicopedagogia de Piaget<sup>49</sup>, que supõe ser um processo constituído de estágios sucessivos e progressivos de complexidade ascendente, com o construtivismo pós-piagetiano do francês Henri Wallon e do russo L.S. Vigotskii, suportando a visão de uma relação necessariamente intersubjetiva, na qual a noção de pertencimento a grupos/coletividades e a visão recíproca/respeitosa da relação entre aquele que ensina e aquele que aprende se torna a essência do magistério.

Tal visão se soma à psicologia genética de Kohlberg e sua perspectiva evolutiva do homem como forma de aprendizagem<sup>50</sup>, indo de uma sociedade

---

<sup>49</sup> A “l’âge de nature du nourrisson” corresponde ao estágio “sensório-motor” no modelo psicogenético de Piaget e colaboradores. Baseado em observações detalhadas das formas de agir e reagir dos seus três filhos, Piaget reconhece nesse primeiro estágio seis momentos ou graus de evolução da inteligência infantil. De meros reflexos iniciais, a inteligência prática da criança vai construindo esquemas de ação complexos, nos quais as sensações vindas do mundo exterior são “retrabalhadas”, coordenadas e sistematizadas permitindo, no final desse estágio psicogenético, esquemas de ação que fazem supor um conhecimento prático de causalidade, constância de objeto, quantidade, etc., mesmo que esse conhecimento ainda não adquira as formas de representações simbólicas ou conceituais (Freitag, Piaget e a filosofia, p.18-19)

<sup>50</sup> Kohlberg compreende a passagem de um para outro estágio como um aprendizado. O desenvolvimento moral significa que a pessoa em crescimento transforma e diferencia de tal maneira as estruturas cognitivas já disponíveis em cada caso que ela consegue resolver melhor do que anteriormente a mesma espécie de problemas, a saber, a solução consensual de conflitos de ação moralmente relevantes (Habermas, *Consciência moral e agir comunicativo*, p. 154).

primitiva na qual as ações humanas eram avaliadas estritamente do ângulo de sua consequência (moralidade pré-convencional), passando por uma sociedade antiga/medieval, na qual essas ações tinham por balizamento sua conformidade com um sistema de regras previamente instituído pela autoridade da tradição (moralidade convencional) e chegando finalmente em uma sociedade moderna, em que não só as ações mas, principalmente, as normas de conduta precisavam ser justificadas do ponto de vista de princípios universais (moralidade pós-convencional).

Por essa via, ele estrutura uma teoria da evolução social<sup>51</sup> centrada no exame dos diferentes níveis de racionalidade da constituição das instituições sociais. Sua visão de um mundo em movimento o faz se distanciar de um modelo que parece impor uma limitação *a priori* de qualquer ação do Poder Constituinte Originário, ou, pelo menos, exige uma sofisticação muito mais apurada de qualquer doutrina sobre o tema. O modelo moderno de configuração do Poder Constituinte Originário parece ainda atado a uma perspectiva de uma moralidade convencional que corresponderia ao momento em que os valores éticos, religiosos, sociais, políticos e econômicos de uma sociedade já estão estabelecidos, firmando um *status quo* social.

Habermas, por sua vez insiste no fato de as sociedades contemporâneas já alcançaram uma etapa de moralidade pós-convencional, na qual os indivíduos, mesmo detentores de uma herança cultural, conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos de valor críticos sobre os mesmos, por meio do reconhecimento dos direitos individuais e de princípios universais. Numa metáfora, poder-se-ia dizer que na primeira etapa o indivíduo está aprendendo as regras do jogo. Na etapa convencional, ele está apto a jogá-lo. Finalmente, na fase pós-convencional ele se torna capaz de criticar tais regras.

Na obra *Verdade e Justificação*, a noção de aprendizagem ganha sofisticação ao perceber que o conhecimento pressupõe uma continuidade entre natureza e cultura, denominada de “naturalismo fraco”. A concepção do conhecimento pela via do “naturalismo fraco” deixa clara sua opção pela perspectiva de uma analogia entre a evolução natural das espécies com os processos de aprendizagem, entendidos como uma seqüência de solução de problemas, nas quais os erros ensinam/encaminham os próximos passos a serem dados pela pesquisa. O conhecimento resulta do trato inteligente dado às decepções inerentes ao choque entre as hipóteses levantadas e o mundo circundante<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Para compreender melhor a evolução dos estágios de aprendizagem de Kohlberg recomenda-se a leitura de nossa obra anterior *Habermas e o Direito Brasileiro* bem como *Consciência moral e agir comunicativo* de autoria do próprio Habermas.

<sup>52</sup> *O vocabulário do aprendizado [...] não pode, por sua vez, ser simplesmente reinterpretado na conceitualidade neodarwinista. Do contrário, o naturalismo perde sua essência. [...] A analogia do aprendizado, que aplicamos aos desenvolvimentos governados por mutação, seleção e estabilização, qualifica o equipamento do espírito humano como uma solução inteligente de problemas, ela mesma descoberta sob as limitações impostas pela realidade. Essa visão derruba os alicerces da idéia de uma visão de mundo relativa à espécie* (Habermas, *Verdade e Justificação*, p. 37-38).

Dessa forma, o mundo da vida ao pode ser entendido como algo que obste a evolução de uma sociedade e, por certo, ao fazê-lo questiona seriamente visões comunitaristas pelas quais a cultura e as tradições antecederiam o trabalho constituinte de forma absoluta e castradora.

Mas, se há uma clara percepção de que há dificuldade na fixação da titularidade do Poder Constituinte Originário na figura de uma coletividade como o povo, o mesmo ocorre quando os constitucionalistas tentam fixá-lo no plano do indivíduo, como o cidadão.

A concepção, ainda tributária do liberalismo lockeano, de direitos humanos substantivos como algo que antecede e limita a constituição de um Estado pode ser também questionada, bem ao contrário da visão comunitarista do constitucionalismo contemporâneo que entende que os direitos humanos seriam fixados *a posteriori* do exercício da autonomia pública e como reflexo dos valores predominantes da vida ética de uma coletividade. Nesse sentido, o Poder Constituinte se prestaria à institucionalização de canais discursivos pelos quais os direitos humanos ganhariam densidade substantiva.

De maneira antagonônica, o liberalismo concebia a política como mecanismo de institucionalização e legitimação do uso do poder administrativo por meio de uma ideologia vitoriosa no processo eleitoral. Todavia, o centro de preocupações desse Estado seria a autonomia privada, aqui compreendida como sinônimo de mercado, o que imporia a prevalência de direitos negativos cerceadores da ação estatal. Para o liberalismo os direitos humanos antecederiam ao Estado e, portanto, ao exercício do Poder Constituinte Originário. Seriam eles que fixariam os limites tanto do espaço público quanto a liberdade de ação entre os particulares<sup>53</sup>.

A questão, todavia, centra-se em entender a origem, a formação e o conteúdo desses direitos humanos limitadores do Poder Constituinte Originário. A explicação jusnaturalista dos mesmos, seja em sua vertente escatológica ou na sua concepção racionalista já não encontra guarita no constitucionalismo contemporâneo. Tal visão deixa subjacentes uma perspectiva construída em torno de pré-compreensões historicistas da construção dos direitos fundamentais ou uma perspectiva ético-metafísica de uma visão de mundo de coloração predominantemente individualista.

---

<sup>53</sup> A diferença decisiva reside na compreensão do papel que cabe ao processo democrático. Na concepção “liberal” esse processo cumpre a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade: imagina-se o Estado como aparato da administração pública, e a sociedade como sistema de circulação de pessoas em particular e do trabalho social. [...] Segundo a concepção liberal, determina-se o status dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais de que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos.[...] Direitos subjetivos são direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas. Direitos políticos têm a mesma estrutura: eles oferecem aos cidadãos a possibilidade de conferir validação a seus interesses particulares, (...).(Habermas, *A Inclusão do outro*, p.271/273).

A primeira vertente, apesar de reconhecermos sua importância, cai nas questões levantadas anteriormente sobre as tradições e a história como elementos pré-constitucionais. Quanto à segunda, encontra suas bases no pensamento de Grotius, Hobbes, Locke e Kant, pela qual uma razão (prática) seria capaz de conhecer o mundo, reconhecendo, pois, quais seriam os direitos naturais e inalienáveis do homem. O solipsismo metodológico dessa proposta, claramente inserida em um contexto da filosofia do sujeito cognoscente bem como a concepção de uma autonomia privada independente da autonomia pública, fazendo com que se impusesse uma separação absoluta da Sociedade e do Estado não se sustentam mais no estágio do constitucionalismo contemporâneo.

Mesmo nos dias de hoje, a obra liberal de John Rawls não se livra das características centrais dessa forma de pensar. Rawls concebe o exercício da legitimação democrática por meio de uma renovação do Estado de natureza (Hobbes e Locke), que ele denomina ‘situação originária hipotética’, na qual se consolidaria o contrato social. Para ele os indivíduos seriam colocados sob o ‘véu da ignorância’ para fins de discussão sobre os pilares estruturais de uma sociedade e sua respectiva distribuição de bens<sup>54</sup>. Por essa concepção a figura do cidadão se torna central como titular do Poder Constituinte Originário, vez que a autonomia privada ganha precedência sobre a autonomia pública.

Apesar de algumas semelhanças entre o estado original rawlsiano e a ‘situação ideal de fala’ de Habermas<sup>55</sup>, a verdade é que os autores divergem sobre o tema. Primeiro porque se recusa a concepção de uma situação hipotética que aniquilaria o mundo da vida transcendental inexoravelmente presente na formulação de qualquer pretensão normativa. Segundo, porque a obra de Rawls parece ligada demais à base da sociedade norte-americana, pressupondo um bom senso democrático e uma ‘cultura liberal’ que veria as demais crenças morais como algo dispensável. Isso conduziria a visão de Rawls a uma justificação do direito em

---

<sup>54</sup> Para Rawls, os dois princípios fundamentais de justiça escolhidos pelos indivíduos no estado original são os seguintes: (i) cada pessoa deve ter o direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para as outras; e (ii) as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas de forma que, simultaneamente, a) proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e b) estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades (Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p.126).

<sup>55</sup> A teoria do discurso, do mesmo modo que as teorias precursoras apoiadas no contrato social, simula um estado inicial que serve de ponto de apoio de partida: neste estado, pessoas em qualquer número resolvem entrar, por si mesmas, numa prática constituinte. A ficção da liberdade de arbítrio preenche a condição importante de uma igualdade originária dos participantes, cujo “sim” e “não” contam, tanto para um como para outro. Além disso, os participantes têm que preencher mais três condições: em primeiro lugar, eles se reúnem na mesma decisão de regular legitimamente sua convivência futura com os meios de direito positivo. Em segundo lugar, eles estão dispostos a participar de discursos práticos, portanto a preencher os pressupostos pragmáticos exigentes de uma prática de argumentação. Ora, essa suposição de racionalidade não se limita, como era o caso da tradição do direito natural moderno, à racionalidade instrumental. Também não se limita à moralidade, no sentido de Rousseau e de Kant, pois coloca como condição a razão comunicativa. Finalmente, a entrada na prática constituinte exige a disposição de traduzir o sentido desta prática num tema explícito (turning the resource of the performance into a topic) (Habermas, *Era das transições*, p. 168).

bases de uma moral superior, impondo um retorno a bases da razão prática<sup>56</sup>.

Habermas pretende solucionar o problema da relação entre a autonomia privada e a pública, partindo do suposto de que o elemento essencial da integração da sociedade e do Estado está na esfera pública, entendida como elemento depurador da política deliberativa, que permitiria ao cidadão através da noção de moralidade pós-convencional e de universalidade normativa se sentir verdadeiro participante da construção do ordenamento jurídico. A integração social não ficaria dependente de se conceber um direito natural antecedente ao Estado ou da materialização de virtudes éticas no conjunto de cidadãos capazes de agir<sup>57</sup>, vez que a mesma se faria pela institucionalização de procedimentos de criação e aplicação normativa<sup>58</sup>, cuja racionalidade argumentativa permitiria a todos perceberem-se não apenas como destinatários, mas como verdadeiros autores do ordenamento jurídico.

Dessa forma, o centro de preocupações de Habermas volta-se para um formato novo de cidadania ativa, elemento único para a (re)construção da sociedade e do Estado, vez que a noção de direitos humanos e a de soberania popular não mais se concebem de forma apartada como nos modelos anteriores.

A teoria política deu uma resposta dupla à questão da legitimidade através da soberania do povo e dos direitos humanos. O princípio da soberania do povo estabelece um procedimento que, a partir de suas características democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse princípio expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Em contraposição a isso, aqueles direitos humanos clássicos que garantem aos membros da comunidade jurídica vida e liberdade privada para seguir os seus projetos pessoais, fundamentam uma soberania das leis que as torna legítimas a partir de si mesmas. Sob esses dois pontos de vista normativos deverá legitimar-se o Direito codificado, portanto, modificável, como um meio de

---

<sup>56</sup> A política 'superior' dos cidadãos é a política constitucional. Na verdade, Rawls está muito próximo a Habermas: o que se deve opor à soberania popular em exercício 'comum' não é a proteção de uma Constituição justificada por uma 'lei natural' exterior e transcendente ao processo político, e sim o debate público entre os cidadãos sobre os direitos fundamentais, seu respeito e sua proteção pela Constituição (Audard, *O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas*, p.108).

<sup>57</sup> O modelo republicano tem vantagens e desvantagens. Vejo como vantagem o fato de ele se firmar no sentido radicalmente democrático de uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa e não remeter os fins coletivos tão somente a um 'deal' (negociação) entre interesses particulares opostos. Como desvantagem, entendo o fato de ele ser bastante idealista e tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum.(...) O erro reside em uma condução estritamente ética dos discursos políticos (Habermas, *A Inclusão do outro*, p. 276).

<sup>58</sup> O Direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa 'vontade geral' republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões (Cattoni de Oliveira, *Devido Processo Legislativo*, p.93).

garantir uniformemente a autonomia privada e pública do indivíduo. [...] O nexo interno que se buscava entre direitos humanos e soberania do povo consiste, pois, em que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para formar a vontade de maneira política e racional. Direitos que possibilitam o exercício da soberania do povo, não podem, a partir de fora, ser impostos a essa prática como restrições (Habermas, *Sobre a legitimação de direitos humanos*, p.69-71).

Mas, se esse raciocínio é convincente para os direitos políticos não o são para os direitos clássicos à liberdade que garantem a autonomia privada dos indivíduos. Contudo, é preciso ter em mente duas coisas: primeiro, a obra de Habermas não pode ser reduzida a uma perspectiva formalista como pretendem os comunitaristas, pois sua noção de procedimento não se desconecta em nenhum momento dos direitos fundamentais; depois, esses direitos são estendidos a todos como garantia de participação discursiva na construção da substância desses próprios direitos. Logo, os direitos fundamentais devem ser entendidos como condição e consequência desse procedimento discursivo. Mas, como isso ocorre?

O princípio do Discurso, num primeiro momento, retira dos direitos fundamentais sua dimensão substantiva clássica. Dessa forma devem ser compreendidos como regras de argumentação que permitem o entendimento sobre juízos sobre as mais diferentes questões. Por conseguinte, os direitos fundamentais perdem qualquer conotação substantiva, assumindo um papel próprio da comunicação humana. Nesse sentido, por exemplo, a liberdade, por exemplo, resumir-se-á a perspectiva do indivíduo de participar na implementação dos discursos sociais de fundamentação e aplicação de normas jurídicas. A dignidade da pessoa humana passa a ser compreendida pelo fato de todos poderem participar em simétricas condições no discurso com todos dos demais interessados. Da mesma forma, a igualdade é entendida como idêntica possibilidade de acesso ao discurso, seja como orador ou aparteador do processo de comunicação linguística.

Tem-se por certo o fato de Habermas conceber conceito original sobre os direitos fundamentais de forma a se encaixar nessa visão dupla dos mesmos. Sendo assim, os direitos fundamentais seriam divididos em cinco espécies, a saber: a) Direitos à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; b) Direitos ligados ao *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; c) Direitos de postulação judicial de direitos; d) Direitos de participação nos processos de formação da opinião e da vontade; e) Direitos às condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente.

Ora, todos esses direitos podem ser compreendidos como condições para a prática discursiva, ou seja, condições para que qualquer comunidade humana possa se fazer compreender sobre quaisquer questões, sejam elas morais, políticas, éticas, científicas, estéticas ou religiosas. A *liberdade subjetiva de ação* inclui não

apenas a ação comunicativa do participante do discurso, mas também, abre-se a uma conexão com a dimensão clássica dos direitos fundamentais, podendo ser conectada a uma releitura discursiva dos direitos liberais clássicos ligados à liberdade, à vida, à integridade física, à propriedade, à intimidade, quanto dos direitos sociais como o direito do trabalho e à dignidade da pessoa humana, que, por óbvio, devem receber garantia judicial dos mesmos, permitindo a todos o livre acesso à *postulação judicial de direitos*.

Da mesma forma, sabendo-se que o discurso é necessariamente dialógico e que se estabelece no seio de uma comunidade, os *direitos ligados ao status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito* podem ser vistos tanto como componente essencial ao discurso como podem ser entendidos pelo seu aspecto procedimental de outros tantos direitos fundamentais na sua acepção clássica, tais como o direito à igualdade, o de proibição de extradição, o direito de asilo, os direitos políticos e os direitos sociais e coletivos. Aqui, por certo, os direitos políticos assumem uma dimensão fundamental, especialmente quando se está no exercício de Poder Constituinte Originário. Logo, devem ser compreendidos de forma consorciada aos *direitos de participação nos processos de formação da opinião e da vontade*.

E, nenhum desses direitos que se assumem como pré-requisitos para o discurso pode subsistir sem permitirem aos participantes do mesmo condições mínimas para tanto, exigindo, por conseguinte, a incidência das *condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente*.

Essa compreensão procedimental dos direitos fundamentais permite que o princípio do discurso<sup>59</sup> não coincida com o princípio da moralidade, vez que se desdobra também no princípio da democracia, permitindo-lhe constituir-se em base para a legitimação tanto do Direito quanto da Moral. Dessa forma, Habermas escapa da razão prática, ou seja, da suposição de que o Direito encontra sua legitimidade em uma ordem normativa superior.

Por conseguinte, o Direito situa-se entre a Moral e a Política. Uma Moral que abandonou qualquer elemento da ética substantiva, resumindo-se agora a um procedimento de direitos admissíveis em função da sua universalidade, aceitabilidade e de sua reciprocidade. Uma Política que se caracteriza pela consideração imparcial de valores e da escolha racional dos meios colimados aos fins desejados pela comunidade.

Sob esse aspecto, os direitos fundamentais<sup>60</sup> constituem o substrato e o limite das argumentações não-morais, possibilitando que o princípio da democracia

---

<sup>59</sup> O princípio de discussão 'D', enuncia-se agora da maneira seguinte: 'São válidas as normas de ação que todas as pessoas envolvidas poderiam aprovar enquanto participantes de discussões racionais' (Audard., *O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas*, p. 97)..

<sup>60</sup> Para Habermas, a despeito da gênese histórica dos direitos fundamentais ter-se dado no Ocidente, especialmente na América e Europa, ele acredita que os mesmos têm pretensão de universalidade, ou seja, de serem capazes de passar no teste de reciprocidade, imposto pelo "princípio da moralidade".

(participativa) se coloque ao lado do princípio da moralidade, permitindo que a legitimidade surja da legalidade. Repita-se, não se tem aqui um retorno ao positivismo. Note, a legalidade limitava-se ao formalismo e à faticidade das medidas sancionatórias. Agora, Habermas acrescentou a validade oriunda da gênese discursiva e racional da legislação.

Mas, de que maneira nosso autor associa o discurso como exercício do Poder Constituinte Originário. De certo, entendendo primariamente nos termos da “situação ideal de fala”:

É importante lembrar que esse cenário, destinado a se cristalizar numa prática deliberativa, transcorre numa certa linha conceitual. Até o momento, nada aconteceu de *modo real*. E nem poderia ter acontecido, pois, antes de determinar o primeiro ato de criação do direito, os participantes têm que obter clareza sobre o empreendimento pelo qual se decidiram, ao entrar numa prática constituinte (Habermas, *Era das Transições*, p. 170).

Contudo, é preciso deixar claro que tão logo haja a implementação do discurso, os direitos fundamentais, vistos agora como produto desse mesmo discurso, assumem densidade de conteúdo, ou seja, caracterizam-se por sua substância. É claro que tais discursos se fazem sob um mundo da vida específico que possibilita o discurso. O exercício do discurso de fundamentação de qualquer norma, inclusive o da Constituição, ocorre em torno de um pano de fundo histórico determinado, implicando a concepção diferenciada do conteúdo dos direitos fundamentais.

É verdade que eles (constituintes) não podem criar direitos fundamentais, de modo abstrato: só se criam direitos fundamentais particulares com um conteúdo concreto. Por isso, os participantes que entraram em si mesmos através da reflexão e que até agora estavam ocupados com um esclarecimento conceitual que beirava a filosofia têm que lançar fora o véu da ignorância do não saber empírico, que eles mesmos teceram, e captar aquilo que, nas circunstâncias históricas dadas, deve ser regulado, e determinar que direitos são exigidos para tal matéria carente de regulamentação. (...) Somente a partir do momento em que as características relevantes do mundo ambiente lançarem luz sobre os nossos interesses, tornar-se-á claro que necessitamos dos direitos que conhecemos, por exemplo o direito de celebrar os contratos, de adquirir propriedade, de formar associações e de manifestar publicamente opiniões, confessar a própria religião, etc., para configurar nossa vida pessoal e nossa vida política.

Temos, portanto, que fazer cuidadosa distinção, entre dois níveis: em primeiro lugar, existe o nível da explicação da linguagem dos direitos subjetivos, na qual a prática comum de uma associação de parceiros

jurídicos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, pode manifestar-se, e na qual o princípio da soberania popular pode se incorporar. Em segundo lugar, deve-se focalizar o nível da realização fática dessa prática. Porque, tão logo a prática da autodeterminação cidadã for entendida como um processo longo e ininterrupto de realização e de configuração do sistema de direitos fundamentais, o princípio da soberania popular emergirá por si mesmo na idéia do Estado de direito.

Esse cenário da gênese conceitual dos direitos fundamentais, distribuído em dois níveis, revela plasticamente que os passos conceituais preparatórios explicitam exigências que, necessariamente, são colocadas a uma autolegislação democrática que se estrutura pelo caminho do direito (Habermas, *Era das Transições*, p. 170-171).

Por certo, o fato de que o mundo da vida próprio de cada prática discursiva não implica dizer que o mesmo não encontre mais limites, voltando-se, pois, aos termos da teoria clássica que o entendia como um poder ilimitado.

Muito pelo contrário!

O discurso impõe um respeito necessário do Direito aos direitos fundamentais e à democracia, eis que o resgate de qualquer pretensão normativa, desde que tenha pretensão de legitimidade em um mundo pós-metafísico e pós-positivista, deve observar alguns requisitos, tais como: a) igualdade de chance no emprego dos atos de fala por todos os possíveis participantes do discurso, incluindo aqui o direito de proceder a interpretações, fazer asserções e pedir explicações de detalhes sobre a proposição, dissentir<sup>61</sup>, bem como de empregar atos de fala regulativos<sup>62</sup>; b) capacidade dos participantes de expressar idéias, intenções e intuições pessoais; c) a ausência total de coação interna ou externa ao discurso; d) um *medium* lingüístico comum<sup>63</sup> que permita que os interlocutores entendam adequadamente os termos do debate; e) um conhecimento ilimitado sobre o tema

---

<sup>61</sup> *Quem rejeita uma oferta inteligível de ato de fala contesta a validade do proferimento sob pelo menos um desses três aspectos da verdade, da correção e da sinceridade. Com esse 'não', ele dá expressão ao fato de que o proferimento não preenche pelo menos uma de suas funções (da representação de estados de coisas, do asseguramento de uma relação interpessoal ou da manifestação de vivência), porque ele ou bem não se harmoniza com o mundo dos estados de coisas existentes, ou bem com o nosso mundo de relações interpessoais legitimamente ordenadas, ou bem com o mundo particular das vivências subjetivas* (Habermas, *Consciência moral e agir comunicativo*, p.168).

<sup>62</sup> Atos de fala regulativos compreendem o direito de opor-se, de permitir, de proibir ou de ordenar.

<sup>63</sup> Não se deve compreender *medium* lingüístico como uma língua comum e sim como uma pano de fundo que permita a compreensão intersubjetiva. Veja: *A idealidade da generalidade do significado marca os contextos do agir comunicativo na medida em que os participantes não conseguem formular a intenção de entender-se entre si sobre algo no mundo, nem atribuir às expressões utilizadas significados idênticos, caso lhes seja vedado apoiar-se numa linguagem comum (ou traduzível). E os mal-entendidos só podem ser descobertos como tais, quando esta condição estiver preenchida. A suposição da utilização de expressões lingüísticas com significado idêntico pode às vezes parecer errônea na perspectiva de um observador, e, inclusive, parecerá sempre errônea à luz do microscópio dos etnometodólogos; entretanto tal pressuposto é necessário, ao menos contrafactualmente, para todo o uso da linguagem orientada pelo entendimento* (Habermas, *Direito e Democracia*, vol. I, p. 38).

em questão; f) tempo também ilimitado para que o consenso pudesse surgir de modo que todos os interessados<sup>64</sup> pudessem concordar com seu conteúdo final<sup>65</sup>.

Essas condições aparentemente transcendentais, tais como conhecimento ilimitado do tema debatido ou tempo indeterminado para a obtenção do consenso, foram adaptadas na sua obra *Direito e Democracia* nos termos da institucionalização do gênese democrática dos atos normativos, na qual certamente se inclui o Regimento da Assembléia Constituinte.

Dessa forma, é o próprio discurso que exige a configuração de uma Constituição que necessariamente respeite a democracia e os direitos fundamentais. Quando se vê que o discurso produz decisões que exigem o assentimento de todos os afetados por elas e que sejam deliberadas apenas pela força do melhor argumento, de fato se transportamos a questão para deliberações constitucionais, ver-se-á que o discurso se torna limite para sua criação. Logo, o produto do trabalho constituinte não pode ser arbitrário, ditatorial ou violador dos direitos humanos ou da democracia.

Sendo assim, o discurso assume o papel de limite ao Poder Constituinte, seja ele Originário ou Derivado no lugar de direitos humanos de cunho jusnaturalistas/liberais ou das tradições comunitárias de um povo.

O Poder Constituinte entendido como prática discursiva explica também a razão pela qual os direitos fundamentais assumem uma condição evolutiva, alterando com o tempo, tal como se depreende das noções variadas que assume a igualdade – geométrica (paradigma antigo), aritmética formal (paradigma liberal), aritmética material (paradigma social) e aritmética procedimental (paradigma democrático)<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Para mim, **atingido** é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E **discurso racional** é toda tentativa de entendimento sob pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realizar sob condições de comunicação que permitam o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente (Habermas, *Direito e Democracia*, vol. 1, p. 142 grifo do autor).

<sup>65</sup> A legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos (Habermas, *Direito e Democracia*, vol. 1, p. 138.)

<sup>66</sup> O constitucionalismo (...) lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá a luta por novas inclusões, pois toda inclusão é também uma nova exclusão. E os direitos fundamentais só poderão continuar como tais se a própria Constituição, como a nossa expressamente afirma no § 2º do seu art. 5º, se apresentar como moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais. Aquisições que não representarão apenas alargamento da tábua de direitos, mas, na verdade, redefinições integrais dos nossos conceitos de liberdade e de igualdade, requerendo nova releitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções dos direitos fundamentais (Carvalho Netto, *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*, p.154).

Essa possibilidade permanentemente renovada de debate sobre o conteúdo dos direitos fundamentais inerente ao próprio discurso conduz à conclusão de que a identidade do sujeito constitucional seja um conceito construído procedimentalmente e de conteúdo semântico/sintático incompleto<sup>67</sup> e em aberto<sup>68</sup>.

A identidade do sujeito constitucional (*constitucional subject*) é tão evasiva e problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontrovertidos para os regimes constitucionais contemporâneos. (...) Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidade de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade. (...) E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída. Pelo menos no que toca às constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma. Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis (Rosenfeld, *A identidade do sujeito constitucional*, p. 17-18).

Tal perspectiva deixa claro que a concepção do constitucionalismo moderno em torno de limites materiais implícitos ao exercício do Poder Constituinte de Reforma é problemática. Como conceber uma identidade constitucional fechada a qualquer interpretação discursiva para, por exemplo, a configuração da chamada

---

<sup>67</sup> É a partir do não congelamento da interpretação que o sujeito constitucional poderá ser realmente sentido como ausência, como um vazio que precisa ser constantemente 'preenchido', denotando que qualquer instrumento ou método jurídico-interpretativo que objetive, ainda que implicitamente, a imutabilidade dessa mesma interpretação é contrário à democracia, porque esta é entendida como um processo, como um projeto sempre inacabado, abrindo espaços recorrentes de incorporação e variação das alternativas possíveis em um país plural como o nosso, tendo sempre como substrato o constitucionalismo, sendo este, ousaríamos dizer, a única coisa permanente na modernidade, já que é ele que permite a aceitação do outro, da alteridade, em mundos da vida plurais (Prates, *Identidade constitucional e interpretação no Estado democrático de Direito: a assunção do risco*, p.541-542).

<sup>68</sup> A Constituição perdeu seu caráter estático; mesmo quando a letra das normas permanece inalterada, as interpretações das mesmas estão em fluxo. O Estado de direito democrático tornou-se projeto, a um tempo resultado e catalisador de uma racionalização do mundo da vida que ultrapassa de longe o político. O único conteúdo do projeto é a institucionalização aprimorada passo a passo do procedimento de formação racional da vontade coletiva, procedimento que não pode prejudicar os objetivos concretos dos envolvidos (Habermas, *Soberania popular como procedimento*, p. 111).

‘fraude à Constituição’?<sup>69</sup> Por certo, o discurso que já foi entendido como limite ao Poder Constituinte Originário, com mais razão o será para o Poder de Reforma, pois somente ele pode afirmar a identidade constitucional<sup>70</sup>.

Michel Rosenfeld destaca a relevância das figuras de linguagem da negação, metáfora e da metonímia na configuração do discurso constitucional. Sob a ótica de uma perspectiva que combina a lingüística e a psicanálise – Freud e Lacan –, Rosenfeld destaca a importância da negação, especialmente como mecanismo de exclusão de qualquer tendência ideológica, política ou religiosa anti-pluralista. A metáfora permite um ponto de apoio essencial para a conformação da identidade constitucional por meio de analogias e similaridades<sup>71</sup>. Por fim, a metonímia trabalha a noção de contigüidade/sucessividade no interior de um contexto normativo, possibilitando tanto uma ampliação quanto uma restrição do alcance do mesmo.

Rosenfeld destaca o problema inerente ao discurso constitucional no sentido da escavação dos direitos fundamentais que tais figuras de linguagem autorizam. Contudo, o risco<sup>72</sup>, a incerteza, apesar de constantemente presentes em um universo lingüístico (faticidade) não reduzem o potencial de legitimidade que o discurso carrega para o processo constituinte.

---

<sup>69</sup> *Um outro problema atinente à relação da Constituição com ela mesma, é o da relação das emendas constitucionais com a identidade constitucional. Dado que algumas constituições explicitamente restringem o âmbito das emendas válidas e outras não o fazem, e uma vez que a facilidade com que uma Constituição pode ser emendada varia de país para país, em que ponto as emendas à Constituição ameaçam destruir a identidade constitucional? Em casos extremos, como o da Hungria no curso de sua recente transição do socialismo para a democracia, o processo de emenda foi empregado para realizar uma revisão total da Constituição, negando assim qualquer identidade da Constituição anterior com a resultante do processo de emenda. Mas o que dizer de casos menos extremos, como o dos Estados Unidos antes e depois das emendas resultantes da Guerra Civil? A transição do reconhecimento constitucional da legalidade da escravidão para o seu explícito banimento constitucional, subverte ou reforça a identidade constitucional americana? (Rosenfeld, A identidade do sujeito constitucional, p. 20).*

<sup>70</sup> *O sujeito constitucional, que emerge do encontro do eu com o outro, fundado na ausência e na alienação, encontra-se em uma posição que requer que ele esqueça a sua identidade utilizando-se do médium de um discurso constitucional, enraizado em uma linguagem comum que vincula e une o multifacetado eu constitucional aos seus múltiplos outros. Esse discurso constitucional deve ser construído, sobretudo, a partir de um texto constitucional que deve ser localizado em seu contexto próprio, levando em conta as restrições normativas e factuais relevantes. Como o texto é dependente do contexto e como o contexto é aberto-a-finalidades (open-ended) e sujeito a transformações ao longo do tempo, o sujeito constitucional precisa recorrer ao discurso constitucional para inventar e reinventar a sua identidade. Em outros termos, o sujeito constitucional, motivado pela necessidade de superar a sua carência (lack) e inerente incompletude, precisa se dotar do instrumental do discurso constitucional para construir uma narrativa coerente na qual possa localizar uma auto-identidade plausível (Rosenfeld, A identidade do sujeito constitucional, p. 40).*

<sup>71</sup> Rosenfeld exemplifica a questão com duas questões. A primeira aborda a metáfora pela qual o direito seria “cego em relação a questão de cor”. A segunda sustentando a separação da Igreja com o Estado. Somente o emprego adequado dessa figura de linguagem permitirá o exame da racionalidade e legitimidade de leis discriminatórias no tocante à raça. Da mesma maneira, possibilita a percepção de que o mundo da vida conduz o processo constituinte à afirmação de uma religião dominante, de modo a fazer com que tal afirmação não desborde em ações contrárias à liberdade religiosa (ou atesta ou agnóstica) em relação à crenças minoritárias (Rosenfeld, A identidade do sujeito constitucional, p. 64 e 76).

<sup>72</sup> *De um ponto de vista normativo, a doutrina constitucional apoiada pela metáfora da indiferença à cor tem a virtude de vedar o uso das diferenças raciais como um meio de juridicamente se colocar em desvantagem as minorias raciais oprimidas. Do mesmo modo, no entanto, essa doutrina jurídica pode também inibir a marcha em direção à justiça racial (Rosenfeld, A identidade do sujeito constitucional, p. 65).*

De um ponto de vista assim geral, a negação especificamente por meio da determinação, do recalçamento ou da repressão e da renúncia, assume o papel principal na tarefa de esculpir a identidade do sujeito constitucional, com a metáfora e a metonímia cumprindo a importante missão de fornecer conteúdo aos respectivos papéis da identidade e da diferença. A negação, é claro, delimita o sujeito constitucional ao fazer a mediação entre identidade e diferença. Mas identidade e diferença só podem adquirir formas determinadas ao se utilizar o trabalho da metáfora e da metonímia. Em outros termos, somente a metáfora e a metonímia revelarão qual identidade – ou mais precisamente, quais identidades – e qual diferença – ou diferenças – devem ser mediatizadas pela negação para a produção de uma reconstrução plausível de um sujeito constitucional adequado (Rosenfeld, *A identidade do sujeito constitucional*, p.83).

A abordagem de Rosenfeld contribui não apenas para reafirmar o papel do discurso no exercício do Poder Constituinte, tanto Originário quanto de Reforma formais, mas salienta de modo marcante sua essencialidade no que pertine às modalidades informais de mutação constitucional, em especial na questão da hermenêutica judiciária.

Nesse sentido, o emprego de um discurso constitucional pelo Judiciário vazado em visões de mundo de cunho eminentemente axiológicas traz consigo o risco de transformação do mesmo, em especial das Cortes Constitucionais, em um Poder Constituinte Anômalo. Habermas sustenta que a ponderação de valores não consegue se ver livre de uma irracionalidade metodológica e de um decisionismo que são capazes de transformar a atividade jurisdicional em elemento que desestabilizador do próprio princípio da democracia<sup>73</sup>.

Ligada a padrões de uma moralidade convencional, a jurisdição constitucional calcada na técnica de ponderação, mais do que autorizar criatividade na aplicação do Direito, permite com que a mesma se transforme literalmente em exercício do poder constituinte. A supremacia da Constituição passa a ser entendida como um mandado de otimização passível de desconsideração em face de outros valores, fazendo com que as decisões judiciárias se afastem do Direito, assumindo caráter exclusivamente político/ideológico.

---

<sup>73</sup> *Princípios ou normas mais elevadas [...] possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. Normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida [...], ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente [...]. Normas surgem com uma pretensão de validade binária, podendo ser válidas ou inválidas; em relação a proposições normativas, [...] nós só podemos tomar posição dizendo “sim” ou “não” [...]. Os valores, ao contrário, determinam relações de preferência, as quais significam que determinados bens são mais atrativos do que outros [...]. Posso orientar o meu agir concreto por normas ou por valores, porém a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. A pergunta: “o que eu devo fazer numa situação dada?” não se coloca [...] nem obtém a mesma resposta. [...] No caso de normas, “correto” é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa para todos; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de vida, é ‘correto’ o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom para nós (Habermas, *Direito e Democracia*, vol.I, p.316-317)*

Por conseguinte, a compreensão de que o discurso do Judiciário é um discurso de aplicação é, por si só, elemento de limitação de mutações constitucionais informais não legitimadas. A construção e a reconstrução do texto constitucional pela via hermenêutica não podem ser entendidos como permissão para a desconsideração desse mesmo texto. O risco de essa divisa ser transposta é permanente na atividade judiciária. Contudo, o emprego da ponderação de valores pelas Cortes Supremas ou Cortes Constitucionais o transforma em certeza.

Por outro lado, o papel do discurso constitucional desenvolvido pelo Judiciário ganha renovada relevância na teoria do Poder Constituinte no instante em que o mesmo seja compreendido como contribuição para o respeito dos procedimentos constituintes, sejam originários ou de reforma.

Ao contrário, a Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos (Habermas, *Direito e Democracia*, vol.I, p. 326).

Mas de que modo entender a proteção de tais condições processuais da gênese democrática de leis (inclusive as constitucionais)? Quando se trata do Poder Constituinte Originário, foi visto que será a própria concepção de discurso que possibilitará à Sociedade filtrar a legitimidade de seu exercício. Mas, e quando se tratar do Poder de Reforma?

Quando o tema envolve as limitações formais e temporais ao Poder de Reforma o Judiciário deve velar para o respeito das exigências de seu cumprimento. A observância de lapso de tempo para o exercício do Poder de Reforma, bem como do cumprimento de quorum para a iniciação ou para a aprovação de emendas constitucionais deve ser rigorosamente observado.

Entretanto a questão ganha outros contornos no tocante às limitações circunstanciais e materiais, sejam essas últimas explícitas ou implícitas. O problema é que o texto constitucional relativa a tais cláusulas possui uma tessitura ainda mais aberta, o que permite uma enorme elasticidade de seu alcance, eficácia e validade. Por exemplo, a caracterização de situações de instabilidade da ordem pública e que ensejam advento de decreto de intervenção, de estado de defesa ou

de estado de sítio somente pode encontrar alguma legitimidade pela observância do discurso. Por outro lado, nos direitos individuais previstos na Carta vigente (art. 60, § 4º, inciso IV) estão incluídos os direitos sociais? E, mesmo em se tratando de direitos individuais, a cláusula protege esses direitos na íntegra ou apenas seu núcleo essencial<sup>74</sup>? A forma federativa, entendida como cláusula pétrea, impede a transformação da República em um Estado Unitário ou congela também qualquer proposta de alteração do atual pacto federativo?

Por certo que o texto constitucional, mesmo de conceitualidade aberta, impede interpretações que o desconsiderem, tal como observado acima no tocante à ponderação de valores. Sob esse aspecto o fato de inexistirem cláusulas matérias intangíveis na Constituição alemã de 1919, por certo facilitou a implantação do regime racial de Nuremberg e depois o próprio holocausto.

Não fosse assim, mesmo as limitações formais, como por exemplo o quorum de 3/5 para a aprovação de uma emenda constitucional, perderiam sua eficácia. Contudo, crer que o limite esteja tão somente no seu caráter substantivo é ignorar a prática cotidiana das Cortes Constitucionais e do nosso Supremo Tribunal Federal. O recente julgamento das ADIs nº 3.105 e 3.128 sobre a constitucionalidade da emenda nº 41/2003 demonstra sobejamente o que se pretende dizer.

Logo, a racionalidade de decisões como essa demonstra que o limite ao exercício do Poder de Reforma recai no controle da racionalidade e da legitimidade da argumentação empregada por tais Cortes quando do seu controle de constitucionalidade. E, mais uma vez os requisitos do discurso permitem avaliação sobre essa correção, ou seja, sobre uma *resposta correta*<sup>75</sup> que deve ser tomada em casos que tais.

### 3.2 Titularidade

O último tópico já abordou parte do contributo crítico que a teoria discursiva traz para o exame da titularidade do Poder Constituinte. Como visto, a noção de que o seu titular pudesse ser o povo não supre o grau de exigência do racionalismo contemporâneo, seja pelo seu enraizamento cultural de fundo comunitarista seja pelo seu apelo jusnaturalista pela vertente liberal.

O constitucionalismo moderno não percebeu que conceitos como ‘Nação’, ‘Povo’ ou ‘Cidadão’ são essencialmente abertos pelo fato de que a identidade do sujeito constitucional também o é. Contudo, não restou suficientemente elucidado o fato de que todos são inadequados para as exigências da teoria constitucional da

---

<sup>74</sup> A despeito desse conceito ter sido inicialmente concebido na seara da ponderação de valores, acredito ser possível trabalhar com o mesmo por meio de uma construção discursiva. Desse modo, o mínimo essencial seria aquilo que viabilizaria o discurso em si.

<sup>75</sup> Não pretendo aqui voltar a tratar do tema da resposta correta. Para tanto recomendamos a leitura de obra anterior de nossa autoria *Jurisdição Constitucional Democrática* (fls. 232/238).

atualidade. E essa inadequação fica nítida quando se passa a compreender o Direito como um sistema jurídico no qual a gênese dos atos normativos pressupõe uma co-originariedade entre a autonomia pública e a autonomia privada.

Nesse sentido, os conceitos acima aparentemente excluem do processo constituinte a participação dos sistemas econômico e burocrático que, seguramente aduzem estímulos que devem ser devidamente considerados se se pretende examinar a lógica e a legitimidade do mesmo. Beira ao delírio negar a presença de *lobbies* de empresários que atuam estrategicamente na Assembléia Constituinte em favor de interesses pautados pelos imperativos do mercado. Da mesma forma, a participação de forças governamentais, seja no processo constituinte originário ou de reforma, seja institucionalizada ou não, como se depreende do artigo 60, incisos I, II e III de nossa Carta vigente, é uma constante em procedimentos que tais. Assim também com *lobbies* de corporações de trabalhadores do setor público e do privado.

Há também a completa desconsideração da participação de movimentos populares dos mais variados matizes. Em síntese, os conceitos tradicionais do constitucionalismo moderno desconsideram aquilo que Habermas vê como essencial para a democracia participativa atual: a esfera pública.

A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. [...] A esfera pública constitui principalmente uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana (Habermas, *Direito e democracia*, vol. II, p.92).

Se de um lado o processo constituinte sofre influxos do agir estratégico dos sistemas que colonizam o mundo da vida, por outro lado recebe também a influência da imprensa livre, da rede internet de comunicação, das mais variadas Igrejas, da Universidade, de organizações não-governamentais etc.

Logo, as teorias modernas não percebem que o processo constituinte é essencialmente um procedimento discursivo/lingüístico e que, portanto, seu titular não pode ser corporificado em uma entidade coletiva. Em um contexto democrático

de concretização evolutiva de textos constitucionais com notável abertura sintática e semântica, Habermas lança a concepção de uma soberania capaz de unir a autonomia pública e privada de modo a demonstrar que a titularidade do Poder Constituinte envolve a todos nós sem ser singularmente nenhum de nós<sup>76</sup>.

A soberania totalmente disseminada não se corporifica na mente dos membros associados, mas sim – se é que em geral se possa falar ainda de corporificação – naquelas formas de comunicação sem sujeito (*subjektlos*) que regulam o fluxo da formação discursiva de opinião e vontade de tal modo, que seus resultados falíveis têm a seu lado a suposição da razão prática. Uma soberania popular sem sujeito, tornada autônoma e solucionada intersubjetivamente, não é expressa de modo exclusivo nos procedimentos democráticos e nos pressupostos comunicativos (com pretensão à validade) para sua implementação. Ela se sublima àquelas interações de difícil apreensão entre a formação de vontade institucionalizada de modo jurídico-estatal e aqueles espaços públicos mobilizados culturalmente. A soberania dissolvida (*verflüssigt*) comunicativamente faz-se valer no poder dos discursos públicos, que nasce de espaços públicos autônomos, mas tem de tomar forma nas decisões de instituições de formação de opinião e vontade concebidas democraticamente, porque a obrigação de responder pelas decisões requer uma responsabilidade institucional clara. O poder comunicativo é exercido no modo de assédio. Ele atua sobre as premissas dos processos decisórios do sistema administrativo sem intenção de conquista, a fim de apresentar seus imperativos na única linguagem que a cidadela sitiada entende: ele gere o pool de fundamentos com os quais o poder administrativo pode lidar instrumentalmente, sem contudo poder ignorá-los tais como são concebidos juridicamente (*rechtsförmig*) (Habermas, *Soberania popular como procedimento*, p. 111).

Com a perspectiva de uma soberania procedimentalizada afigura-se, pois, indispensável indagar se a competência discursiva se torna essencial para a configuração do patriotismo constitucional? E, mais, se o mesmo seria viável para países de constitucionalização tardia?

---

<sup>76</sup> Em face disso, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamento em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político. Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação (Habermas, *A inclusão do outro*, p.280-281).

É preciso reconhecer que, durante a década de 1980, sob a influência de sua teoria sobre o agir comunicativo, Habermas sustentava como condição prévia um mundo da vida específico que permitisse uma formação racional da vontade política. Em outras palavras, a competência discursiva seria o critério para a ‘constituição’ da própria autonomia pública e individual.

Decerto, uma “soberania popular” assim processada não poderá operar também sem a retaguarda de uma cultura política que lhe venha em apoio, sem as maneiras de pensar (*Gesinnungen*) de uma população habituada à liberdade política: não há formação racional de vontade política sem o auxílio de um mundo de vida racionalizado (Habermas, *Soberania popular como procedimento*, p. 111).

Contudo, essa exigência aproximava muito a visão de Habermas daquilo que ele procurava se afastar: de um *ethos* aristotélico e de um vigor cívico próprio do comunitarismo republicano. Dessa perspectiva, sua obra na década de 1990 vai paulatinamente explorar a questão de forma a romper com esse “calcanhar de Aquiles”. A competência discursiva aprofunda a noção da ‘idealização do outro’ de forma a perceber que a mesma se constitui não apenas por um suposto domínio técnico /intelectual do tema em debate<sup>77</sup>. Agora, a contextualização do discurso e a inclusão no olhar e do ouvir seu interlocutor ganham notoriedade no esforço de legitimar a gênese de qualquer tentativa de universalizar valores ou normas<sup>78</sup>.

A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito (Habermas, *A inclusão do outro*, p. 280).

### 3.3 - Execução e natureza.

O reconhecimento da teoria discursiva das mutações informais da Constituição, de modo a reconhecer a identidade do sujeito constitucional como

<sup>77</sup> Cf. Rouanet, 1990.

<sup>78</sup> *Um consenso legitimado é um consenso racional e funciona como critério para distinguir o falso do verdadeiro consenso. Tudo isso significa que só posso afirmar p de x quando posso pressupor que encontraria o acordo de todo crítico competente. Um crítico competente é um crítico racional. Portanto, racionais são todos aqueles que escolhem o caminho não-convencional para a comprovação de afirmações empíricas, isto é, aquelas capazes de observação e consultas. Como podemos verificar essa competência? É necessário que a pessoa em questão seja responsável por suas afirmações, ela deve viver no mundo público de sua comunidade lingüística e não deve ser um idiota, incapaz de distinguir entre ser e aparência. Só sabemos, de fato, se alguém é realmente racional quando falamos com ele e nos situamos com ele em contextos de ação* (Oliveira, *Reviravolta lingüística-pragmática*, p. 314, sem destaque no original).

algo essencialmente aberto e carente de densificação concretista faz com que o olhar sobre o ato de fundação da Constituição seja feito a partir de uma nova dimensão.

Ao aproximar o processo político deliberativo – cara aos comunitaristas - com uma interpretação deontológica das normas jurídicas – preocupação dos liberais – Habermas reconstrói a idéia das teorias clássicas do Poder Constituinte em torno da noção de o mesmo seja um poder permanente. Elas entendiam o Poder Constituinte como permanente, a despeito do fato de ser exercido apenas de forma episódica.

Agora, com uma visão que compreende o indivíduo simultaneamente como autor e destinatário desse processo constituinte, e que vê o processo constituinte como um processo aberto de intérpretes da Constituição, Habermas vê, dentre outros mecanismos de tornar participativa a democracia<sup>79</sup>, o controle difuso de constitucionalidade<sup>80</sup> como mecanismo de exercício renovado do patriotismo constitucional<sup>81</sup>.

Em outras palavras, a democracia radical concebida pela teoria discursiva compreende o Poder Constituinte como algo que se constrói diuturnamente, e não apenas em situações excepcionais como entendia Ackerman.

Ora, a partir desse conceito, a dimensão concedida aos acontecimentos históricos atinentes à Assembléia Constituinte torna-se outra. Com isso não se quer dizer que o “ato de fundação” de um ordenamento jurídico tenha deixado de ter qualquer importância, pois, mesmo o mundo pós-moderno trabalha ainda com elementos ligados à simbologia e, por certo, o fato de que a Assembléia Constituinte marcar um início tem seguramente importância<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Cf. Repolês, *A desobediência civil em Habermas*.

<sup>80</sup> (...) o controle judicial de constitucionalidade das leis deve ser fundamentalmente considerado como controle jurisdicional de constitucionalidade e de regularidade do processo de produção da lei. Ou seja, dos atos jurídicos que, ao densificarem um modo jurídico-constitucional de interconexão prefigurada, constituem-se em uma cadeia procedimental. Essa cadeia procedimental se desenvolve discursivamente, ou, ao menos, em condições equânimes de negociação, ou ainda, em contraditório, entre agentes legitimados, no contexto de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, visando à formação e emissão de um ato público-estatal do tipo pronúncia-declaração, um procedimento legislativo que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídica específica (Cattoni de Oliveira, *Pressupostos hermenêutico-pragmáticos da práxis do controle de constitucionalidade*, p.262-263).

<sup>81</sup> É com base nesta argumentação que Habermas, como Dworkin, defende o instituto do judicial review, recusando as considerações dos comunitaristas acerca da incompatibilidade entre a revisão judicial e o processo político democrático. Para Habermas, ao contrário, o instituto do judicial review pode “reforçar o processo de formação da vontade democrática”. Com efeito, se o papel fundamental das Cortes Constitucionais é assegurar a gênese democrática do direito, ela deve garantir os direitos fundamentais sem os quais não há autonomia cidadã. Conseqüentemente, são especialmente os obstáculos ao processo democrático que devem ser eliminados pelo instituto do judicial review, e “nesta perspectiva, os direitos comunicativos e de participação constitutivos da formação da vontade democrática adquirem uma posição privilegiada” (Cittadino, *Pluralismo, Direito e justiça distributiva*, p. 213/214).

<sup>82</sup> O ato de fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição (Habermas, *Era das transições*, p. 167, sem destaque no original).

Contudo, o que nosso autor deixa claro, é que não existe apenas esse “início”. Muito pelo contrário, cada amanhecer representa um novo começar. Logo, não é preciso agarrar-se à concepções do positivismo legalista de uma *voluntas legis* da Constituição ou de uma *voluntas legislatoris* dos Constituintes. Nesse sentido,

(...): uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. Na linha dessa compreensão dinâmica da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema dos direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (e nesta medida, apaga a diferença entre normas constitucionais e simples leis). É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da autoconstituição discursiva de uma comunidade, se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, *a longo prazo*, como **um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo** (Habermas, *Era das transições*, p. 165, sem destaque no original).

Desse modo, o ato de fundação necessita de uma permanente releitura crítica por meio de um processo hermenêutico cotidiano em discursos de justificação (emendas constitucionais e legislação ordinária) e em discursos de aplicação judiciários e administrativos. E, esse ato de fundação, antes entendido, ora como um poder de fato, ora como um poder de direito, deve ser agora entendido, dentro do código binário do sistema jurídico, como um processo lingüístico de aprendizagem!

A compreensão do texto constitucional como um projeto que se abre para o futuro pode assumir posições distintas, mas complementares. A primeira de exame crítico dos textos e dos trabalhos da geração dos constituintes face aos problemas sempre renovados da atualidade. A segunda, perceber que a despeito de incompleta, a identidade constitucional construído pela Assembléia Constituinte não é simplesmente algo vazio, podendo, pois ser absolutamente desconsiderada. Destarte, é possível criticar práticas públicas e privadas, estratégicas ou instrumentais, incompatíveis com a consolidação do patriotismo constitucional<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> *Graças a esse sentido performativo, que permanece disponível à intuição de cada cidadão de uma comunidade política democrática, ele pode assumir duas atitudes: referir-se criticamente aos textos e decisões da geração dos fundadores e dos sucessores; ou, ao contrário, assumir a perspectiva dos fundadores e dirigí-la criticamente contra a atualidade, a fim de examinar se as instituições existentes, as práticas e procedimentos da formação democrática da opinião e da vontade preenchem as condições necessárias para um processo que produz legitimidade* (Habermas, *Era das transições*, p. 167).

Dentre elas, como bem denuncia Cattoni de Oliveira, a concepção de que nossa Carta fracassou e que, portanto, deveríamos rezar uma missa fúnebre por ela<sup>84</sup>.

É preciso entender que o modo como se encara os trabalhos de uma dada Assembléia Constituinte é o mesmo pelo qual se entende o passado. Habermas exemplifica bem a questão por meio da dupla fundação da Alemanha: primeiro pela aprovação da Lei Fundamental de Bonn em 1949 e depois por meio do “tratado quatro-por-dois” que viabilizou a unificação da República Democrática da Alemanha com a República Federativa da Alemanha. Naquele instante passou a ser necessário o exame de dois passados, quais sejam, o nazista e o stalinista. E a necessidade desse exame faz parte de um processo de discussão de toda uma comunidade de pessoas em torno do futuro que pretendem para si mesmos.

Com isso, ele não busca se tornar um ensaísta ou historiógrafo, o que lhe permitiria examinar o passado de ângulos os mais diferentes possíveis<sup>85</sup>. Tampouco pretende tornar mais “palatável” o passado alemão. O que ele expressa é a necessidade de encará-lo de frente e perceber que o mesmo não deve ser esquecido, vez que se tornou marca indelével do mundo da vida de cada alemão.

Sob tal ponto de vista, propostas para uma nova Constituinte no momento atual no constitucionalismo brasileiro soam despropositadas e casuísticas. Pretendem com isso enfraquecer o patriotismo constitucional pela desmoralização do processo constituinte. Nessa esteira, o discurso do Ministro do Supremo Tribunal Federal de desvalorização do nosso texto constitucional pelo fato de ter incorporado dispositivos sem a anuência do Plenário da Constituinte beira ao “estelionato”<sup>86</sup>.

Jobim trabalha com a pressuposição clássica de que o processo constitucional se encerra em um único momento. Em nosso sentir, parece-nos claro seu agir estratégico subjacente no sentido de facilitar interesses dos sistemas econômico e burocrático de flexibilizar direitos fundamentais pela convocação de uma nova Constituinte. Em outras palavras, sua proposta contraria a própria função do tribunal na qual exerce seu mister, a proteção da gênese democrática do direito.

De outra banda, a tentativa de Cattoni - de demonstrar os vícios de tal assertiva - parece-nos desfocada sob a ótica da teoria discursiva. Cattoni busca

<sup>84</sup> Cf. Cattoni de Oliveira, *O projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito*, p. 139.

<sup>85</sup> *Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda co o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade* (Rosenfeld, *A identidade do sujeito constitucional*, p.17-18).

<sup>86</sup> *Segundo o Ministro Nelson Jobim, que foi constituinte em 1987-1988, alguns dispositivos, como é o caso do art. 2º, da Constituição, que trata da separação de poderes, teriam sido inseridos no texto após a sua última votação em plenário, por um acordo entre lideranças e o Presidente da Constituinte, o Dep. Ulisses Guimarães, o que, para alguns, como é o caso do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, teria afetado a própria legitimidade da Constituição* (Cattoni de Oliveira, *O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito* (por um exercício de patriotismo constitucional no marco da teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas), p.135).

demonstrar que o passado admite múltiplas perspectivas. E, em sendo assim, ao invés de trabalhar com fatos isolados do processo constituinte, reconstrói a história do nosso ato de fundação por meio do reconhecimento de uma inaudita participação popular, colacionando para tanto a opinião de Carvalho Netto:

Na verdade, a grande legitimidade que caracteriza a Constituição de 1988 decorreu de uma via inesperada e, até o momento da eleição da Assembléia Constituinte, bastante implausível. Com a morte do Presidente eleito, Tancredo Neves, e a posse como Presidente do Vice-Presidente eleito, José Sarney, as forças populares mobilizadas pela campanha das ‘Diretas já’ voltaram a sua atenção e interesse de maneira decisiva para os trabalhos constituintes, (...) (Carvalho Netto, *A Revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto.*, p.43-45).

Em nossa opinião, tomando-se por base a teoria discursiva do direito, a resposta a Jobim e a outras propostas pela instalação de nova Constituinte parecem ser outra. Não é preciso ‘construir’ ou procurar por tradições democráticas em nosso passado, eis que qualquer comunidade possui em sua história eventos de fundo libertário e democrático. A configuração do patriotismo constitucional não demanda a procura de ‘experiências positivas’ ou ‘boas tradições’. Isso parece estar mais ligado à compreensão da história como *magistra vitae*<sup>87</sup>.

Habermas reconhece que a forma pela qual o passado é apreendido repercute na consolidação da identidade constitucional. Contudo, o que ele procura é evitar interpretações tendenciosas que, por exemplo, atenuem o ‘corte de civilização’ que representou Auschwitz<sup>88</sup>. Nem de longe entende necessário moldar/construir um passado virtuoso de tradições democráticas.

---

<sup>87</sup> La “historia” que aparece en la vieja fórmula historia magistra vitae no tenía para los antiguos el mismo significado que le atribuímos nosotros; no se pensaba todavía en el todo del contexto de la vida histórica, es decir, en la historia en singular, sino en el proceso de aumento y disminución en que consisten las múltiples historias particulares, de las que unos u otros acaecimientos podían servir a los nacidos después como ejemplos para la propia acción. La fórmula latina se remonta a Cicerón, y todavía para Maquiavelo o Montaigne constituía la historia una fuente de sucesos ejemplares (Habermas, *Mas allá del Estado Nacional*, p.43-44).

<sup>88</sup> Em la disputa em torno a la autenticidad de la descripción que un colectivo hace de sí o en torno a la mejor descripción del origen o de los ingredientes de esa su comunidad política, los ciudadanos hacen también de otro modo uso de la historia, a saber: tomando de ella las gramáticas, susceptibles siempre de ponerse en duda, que les permiten articular las perspectivas conceptuales, la descripción y la puntuación de los desenvolvimientos históricos. Desde la unificación alemana, ha estallado la pugna en torno a la puntuación de nuestra historia contemporánea, es decir, a su periodización. Quien reduzca, por ejemplo, el espacio de tiempo que va de 1914 a 1989 a una época unitaria, ya sea llamándola la época de las ideologías, la época de la guerra civil, o la época de los totalitarismos, atribuirá al periodo nacionalsocialista un valor bien distinto que quien, desde una perspectiva alemana, entienda el lapso que va entre 1871 y 1945 como un periodo de nacionalismo, mientras que el triunfo del Estado democrático de derecho sólo se habría iniciado tras 1945. **De interpretaciones distintas resultan cesuras diferentes** (Habermas, *Mas allá del Estado Nacional*, p.88, sem destaque no original).

Ele propõe uma reflexão dolorosa sobre o problema de modo que o mesmo contribua para a construção de um futuro e de uma identidade constitucional efetivamente democrática por essas bandas. Dizer, como faz Jobim, que nosso processo constituinte é ilegítimo por estar eivado por práticas clandestinas e pelo agir estratégico não traz nada de novo. Primeiro porque, sendo o processo constituinte um discurso de fundamentação especial, por certo já prevê essa possibilidade. Segundo, porque nosso passado está repleto de ações, tais como a do Ministro, que desconsideraram os verdadeiros autores e destinatários das normas constitucionais. Foi assim desde a outorga da Carta de 1824, passando pela imposição da “Polaca” em 1937 e pelos Atos Institucionais durante o regime militar. O que não podemos é ignorar tais práticas, permitindo por essa omissão autorizar sua perpetuação. É sob essa ótica que compreendemos a manobra do Ministro, ou seja, como outra manobra política espúria das elites nacionais de mudar as ‘regras do jogo político’.

A auto-reflexão do passado é algo essencial para a construção do futuro. Erros cometidos contra minorias, tais como as mulheres, os índios e negros, devem ser devidamente processados e elaborados de modo que não se repitam contra minorias religiosas, estrangeiros ou homossexuais. O processo constituinte assume com isso a condição de um processo de aprendizagem coletivo permanentemente aberto para a inclusão, aquisição e transformação dos direitos que regem a sociedade.

## **Conclusão**

O presente texto procurou realizar sintético resgate dos principais alicerces das teorias clássicas e modernas da natureza, titularidade, limites e execução do Poder Constituinte, seja Originário ou de Reforma. Percebe-se que a quase totalidade dos manuais de Direito Constitucional e de Teoria da Constituição de um modo ou de outro se aferram aos mesmos.

Entretanto, uma análise mais criteriosa de seus pressupostos, realizada tendo por ferramenta a lente da teoria discursiva do direito, demonstrou existir diversas impropriedades e contradições. Tudo isso está a exigir uma nova compreensão do tema, pois a proteção de uma gênese democrática dos atos normativos é a base da legitimidade da coercitividade jurídica.

Crítico das visões liberal e republicana – presentes na doutrina do Poder Constituinte – Habermas aponta alternativas para uma compreensão mais aguda e complexa do tema. A complexidade das sociedades pós-modernas se reflete em um incremento na dificuldade para o correto entendimento do fenômeno constituinte.

Esse texto não passa de um rascunho/esboço do que pode vir a ser uma verdadeira teoria procedimental do processo constituinte, deixando, por certo, de abordar tanto vertentes de outras teorias – especialmente modernas – quanto

outras possibilidades que a própria teoria discursiva abre em seu desenvolvimento. Logo, entendemos, a partir desse objetivo restrito, termos colaborado para a ampliação da discussão sobre o tema, que, em síntese, trata das bases de uma sociedade que pretende se organizar legitimamente.

## **Bibliografia**

ACKERMAN, Bruce. *We, the people. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

AUDARD, Catherine. *O princípio de legitimidade democrática e o debate Rawls-Habermas*. Tradução de Lea Novaes. ROCHLITZ, Rainer (Coord.). *Habermas. O uso da público da razão*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Poder Constituinte*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n.52, 1981.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BURDEAU, George. *Traité de science politique*, 7ª ed, Paris: Recueil Sirey, 1921, v.1.

BURDEAU, George. *Traité de science politique*. 2ª ed. Paris: L.G.D.J., 1969, v.4

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v.2.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de . *A Revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto*. Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão, São Luís, n.09, jan./dez. 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick. *A Constituição da Europa*. Sampaio, José Adércio Leite (org). *Crise e desafios da constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais*. In: Sampaio, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo. Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *O projeto constituinte de um Estado democrático de direito (por um exercício de patriotismo constitucional no marco da teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas)*. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Quinze anos de Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Pressupostos hermenêutico-pragmáticos da práxis do controle de constitucionalidade*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.) *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DELACAMPAGNE, Christian. *História da filosofia no século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: E. de Boccard, 1930.

ESMEIN, Adhemar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris: Recueil Sirey, 1921, 2v.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FREITAG, Bárbara. *Piaget e a filosofia*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Soberania popular como procedimento*, in *Novos Estudos* nº 26 março de 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol.I, 1997.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol.II, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado Nacional*. Trad. De Manuel Jiménez Redondo. 2ª ed. México: Fondo de Cultura, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. Merle, Jean-Christophe e Moreira, Luiz (org). Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação. Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- JELLINECK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.
- MALBERG, Carré de. *Contribution a la théorie générale de L'État*. Paris: Recueil Sirey, 1922, Réimpression (1962), 2v.
- MARITAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1952.
- MELO, José Tarcísio de Almeida. *Direito Constitucional Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- PRATES, Francisco de Castilho. *Identidade constitucional e interpretação no Estado democrático de Direito: a assunção do risco*. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, v.1.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins, 1960.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de reforma constitucional*. 2. ed. Atual. Bahia: Imprensa Oficial, 1961.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALDANHA, Nelson. *O Poder Constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986

SIEYÈS, Emmanuel. *Qu'est-ce que le tiers État?*. Paris, 1888,[s.n.].

WALZER, Michael. *Thick and thin: moral argument at home and abroad*. London: University of Notre Dame Press, 1994.