

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

PODER CONSTITUINTE
Uma reconstrução teórica com base na Teoria Discursiva do
Direito e da Democracia de Jürgen Habermas

Hudson Couto Ferreira de Freitas

Belo Horizonte
2006

HUDSON COUTO FERREIRA DE FREITAS

PODER CONSTITUINTE

**Uma reconstrução teórica com base na Teoria Discursiva do
Direito e da Democracia de Jürgen Habermas**

Dissertação apresentada à Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Profº Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior.

**Belo Horizonte
2006**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F866p Freitas, Hudson Couto Ferreira de
Poder Constituinte : uma reconstrução teórica com base na teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas. - Belo Horizonte, 2006.
156f.

Orientador: Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior.
Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito.
Bibliografia.

1. Direito Constitucional. 2. Direito - Filosofia. 3. Estado de Direito. 4. Democracia. 5. Habermas, Jürgen. I. Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Faculdade Mineira de Direito. III. Título.

CDU: 342

Bibliotecária - Valéria I. S. Mancini - CRB - 1682

Hudson Couto Ferreira de Freitas

Poder Constituinte - Uma reconstrução teórica com base na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas

Dissertação apresentada à Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Belo Horizonte, 2006.

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior (Orientador) – PUC Minas

Dedico este trabalho aos meus pais, Tarcísio Ferreira de Freitas e Irene Couto de Freitas, a quem devo minha vida, minha educação, meus sentimentos e meu caráter.

Sem eles nada seria possível.

RESUMO

A teoria clássica do Poder Constituinte, inaugurada por Sieyès, não mais se sustenta no atual curso do constitucionalismo contemporâneo. Caracterizá-lo como *inicial*, *incondicionado* e *ilimitado*, bem como atribuir sua titularidade a uma entidade homogênea e abstrata, a Nação ou o Povo, não coaduna com a realidade das atuais sociedades plurais onde prevalece o desacordo e a alteridade. Também a noção da execução do Poder Constituinte ocorrendo, necessariamente, numa Assembléia Constituinte composta por representantes da Nação/povo desafia a realidade ocorrida ao longo do século XX e início do século XXI, de várias ditaduras na América Latina e, atualmente, a tentativa de se consolidar uma Constituição Européia. Assim, a concepção do Poder Constituinte se manifestando em momentos pontuais, exaurindo-se após surgido um novo texto constitucional, não se sustenta. Tampouco pode haver, de fato, uma total ruptura com o Estado anterior, surgindo um Estado totalmente novo, vez que os costumes, tradições e crenças não se apagam, apenas se transformam. A teoria moderna do Poder Constituinte, por sua vez, trouxe novidades, como de ser limitado esse poder. E que sua atuação não implica numa ruptura integral com o passado. Mas ainda não consegue se desvencilhar de questões que a assemelham à teoria clássica que pretendeu superar. Por exemplo, a titularidade do Poder Constituinte, na teoria moderna, é atribuída exclusivamente ao Povo, a partir da constatação do pluralismo nas atuais sociedades. Assim, afirma-se que o Povo será o conjunto dos indivíduos na sociedade, buscando-se um povo concreto, diverso da abstração atinente à Nação da visão clássica. Entretanto, quando a teoria moderna concebe, como limites ao Poder Constituinte, as tradições, crenças e costumes compartilhados

pelo Povo incorre no mesmo erro da visão clássica, tornando-o abstrato e homogêneo, o que não se coaduna com o fato do pluralismo. Assim, essa dissertação pretende reconstruir a teoria do Poder Constituinte, passando pelas visões clássica e moderna para, ao final, apresentar uma visão contemporânea do Poder Constituinte, com base na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas. Destarte, espera-se poder superar os problemas das teorias anteriores. Nesse sentido, o Poder Constituinte será compreendido como um fenômeno *perene* e a Constituição, um projeto em constante (re)construção. O Povo, seu titular, será substituído pela noção de patriotismo constitucional e de sujeito constitucional, encontrado no indivíduo concreto que esteja, num dado contexto, exercendo o Poder Constituinte, *v. g.*, numa demanda judicial em que haja o controle difuso de constitucionalidade, ou a defesa de direitos fundamentais. Debalde, os limites à atuação do Poder Constituinte não serão direitos humanos substantivos ou um conjunto de valores compartilhados, mas o Discurso, procedimentalmente compreendido.

Palavras-chave: Poder constituinte; Visão clássica; Visão moderna; Visão contemporânea; Teoria Discursiva do Direito e da Democracia; Estado Democrático de Direito; Nação; Povo.

ABSTRACT

The classical theory of the Constituent Power, as envisioned by Sieyès, is no longer widely accepted in the present course of modern-day constitutionalism. Characterizing it as *initial, unconditioned and unlimited*, as well as attributing its titularity to a homogeneous and abstract entity, as is the Nation or the People, does not have a bearing on the reality of the current plural societies where disagreement and alterity prevail. Also, the notion of the execution of the Constituent Power that necessarily takes place in a Constituent Assembly, consisting of representatives of the People/Nation, has defied, since the 20th century, both the reality of the various dictatorships in Latin America and the current attempt to consolidate a European Constitution. Thus, the conception of the Constituent Power manifesting itself at timely moments only to be depleted after a new constitutional text has arisen does not seem acceptable. Nor can there be in actual fact a total disassociation from the former Government, giving rise to a brand new Government, since customs, traditions and beliefs are but transformed rather than abolished. The modern theory of the Constituent Power, in turn, has brought with it the notion of limited power, as well as the notion that the exercise thereof need not mean a complete break with the past. It has not as yet parted with such issues as those related to the very classical theory which it so wishes to distance itself from. For instance, the titularity of the Constituent Power in modern theory is attributed exclusively to the People, based upon an understanding of the pluralism in the present societies. Thus, it is claimed that the People will be the set of individuals in the society i.e. a concrete people, as opposed to the abstract Nation according to the classical view. Nevertheless, when the modern theory points out that traditions, beliefs

and customs shared among the People are limits to the Constituent Power, it makes the same mistake once incurred by the classicists, and is thus rendered unbefitting to pluralism. This thesis, therefore, seeks to reconstruct the theory of Constituent Power, going through both modern and classical visions, so that in the end it presents a contemporary vision of the Constituent Power, based on the Discourse Theory of Law and Democracy by Jürgen Habermas. Thus, the problems encountered in the previous theories are expected to have been tackled. As such, the Constituent Power will be understood as a lasting phenomenon and the Constitution will be seen as a project undergoing constant renovation. Its titular, The People, will be replaced by the notion of constitutional patriotism and constitutional subject, found in the individual who is at a given context, exercising the Constituent Power, *e. g.*, in a lawsuit involving the diffuse control of constitutionality, or the defense of fundamental rights. The limits to the exercise of the Constituent Power will not be a set of substantive human rights or shared values, but rather a procedurally understood discourse.

Key words: Constituent Power; Classical vision; Modern vision; Contemporary vision; Discourse Theory of Law and Democracy; Democratic State of Law; Nation; People.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 VISÃO CLÁSSICA DO PODER CONSTITUINTE	17
2.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO	18
2.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE REFORMA	22
2.3 PRINCIPAIS AUTORES DA VISÃO CLÁSSICA	32
2.3.1 A teoria de Sieyès	32
2.3.2 As Teorias Jusnaturalistas de Santo Tomás de Aquino e de Hugo Grócio	38
2.3.2.1 <i>A teoria tomista</i>	38
2.3.2.2 <i>A teoria de Grócio</i>	43
2.3.2.3 <i>Principais características da doutrina jusnaturalista</i>	44
2.3.3. A teoria positivista de Kelsen	46
2.3.4 A teoria de Carl Schmitt	49
2.3.5 A teoria de Maurice Hauriou	53
2.3.6 A teoria de Hermann Heller	56
2.3.7 A teoria de Carré de Malberg	61
2.3.8 A teoria de Georges Burdeau	63
3 VISÃO MODERNA DO PODER CONSTITUINTE	66
3.1 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE	70
3.2 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE	78
3.3 A VERTENTE COMUNITARISTA DA VISÃO MODERNA	94
3.4 A VERTENTE LIBERAL DA VISÃO MODERNA	98
4 VISÃO CONTEMPORÂNEA DO PODER CONSTITUINTE	104

4.1 PREMISSAS TEÓRICAS DA TEORIA DISCURSIVA	111
4.2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE	121
4.2.1 A reconstrução da identidade do sujeito constitucional	128
4.3 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE	135
5 CONCLUSÃO	148
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	152

O Poder Constituinte é um dos temas mais controvertidos da Teoria da Constituição, guardando especial importância, vez tratar-se do poder criador da Constituição.

Em meio à independência dos Estados Unidos e à Revolução Francesa, com o fenômeno do constitucionalismo, surgem as primeiras teorias acerca desse poder, sendo a mais notória e tida como um marco teórico inicial, a obra panfletária de Sieyès (2001), intitulada "*O que é o terceiro estado?*".

A partir de então, com a estruturação do paradigma do Estado Liberal/Constitucional que se espalha, principalmente, pelo mundo ocidental, cujos Estados, à exceção da Inglaterra, passam a se constituir por meio de textos constitucionais escritos, o tema ganha vulto, passando a ser alvo de estudo de vários autores interessados em elucidar as características, natureza, titularidade, limitações, forma de exercício, tudo acerca desse poder capaz de criar uma nova Constituição.

Ao longo do tempo, passando pela superação do Estado Liberal e a conformação do Estado Democrático de Direito, a teoria do Poder Constituinte vai assumindo novos rumos e alcançando novas perspectivas, de modo a poderem ser identificadas três grandes vertentes doutrinárias, quais sejam, a *visão clássica*, a *visão moderna* e a *visão contemporânea* acerca do Poder Constituinte.

Assim, a *visão clássica* engloba autores, a partir de Sieyès (2001), que compartilham conceitos centrais acerca do Poder Constituinte, como, por exemplo, atribuir sua titularidade a uma entidade abstrata e de caráter axiológico homogêneo, qual seja, a Nação; ou compreender que o exercício

desse poder deveria se dar, necessariamente, com a formação de uma Assembleia Constituinte; ou, também, que esse poder, por ser o único capaz de criar a Constituição, seria *inicial, ilimitado, incondicionado*, sendo que sua atuação implicaria em uma total ruptura com o passado e, mais, redundaria numa espécie de "marco zero", como se fosse possível apagar o passado. O Poder Constituinte seria algo sempre revolucionário.

Já a *visão moderna* vem com novidades, motivada pela constatação de que as sociedades modernas são marcadas pelo pluralismo, o que implica no reconhecimento e no respeito a variadas formas de vida, seja do ponto de vista individual, seja no âmbito de grupos sociais. Ou seja, há várias crenças, tradições, culturas, etnias, valores que permeiam as sociedades plurais.

Nessa esteira, a visão moderna tenta se afastar de alguns pontos encontrados na visão clássica considerados incompatíveis com o pluralismo. Dessa forma, a titularidade do Poder Constituinte é deslocada para o Povo, entendido como o elemento subjetivo do Estado, concretizado no indivíduo histórico e concreto.

Quanto às características, passa-se a compreender que não se pode, simplesmente, apagar o passado, partindo do nada, do vazio. Com isso, constata-se que as tradições, as crenças, os valores, permanecem através dos tempos e, mais, certas instituições estatais e jurídicas igualmente permanecem, mesmo após a criação de uma nova Constituição. Haverá uma adaptação aos novos tempos, mas não uma total ruptura com o passado.

Assim, o Poder Constituinte passa a ser um poder limitado/condicionado exatamente pela cultura, pelos valores compartilhados por um povo, pelas tradições, enfim, pelos direitos humanos.

Ademais, o exercício desse poder pode se dar por variadas formas, além da composição de uma Assembléia Constituinte. A democracia, além de sua vertente representativa, incorpora elementos de cidadania ativa/participativa, tais como o plebiscito e o referendo, instrumentos pelos quais o povo pode, diretamente, exercer o Poder Constituinte.

Quanto à natureza, a visão clássica dividia-se entre a escola positivista, que entendia ser o Poder Constituinte um poder de fato, vez que esse poder é anterior ao Estado e, portanto, ao próprio Direito Positivo; e a escola jusnaturalista que, ao contrário, atribui natureza jurídica ao Poder Constituinte, já que o Direito Natural é anterior ao Estado.

A visão moderna, por sua vez, ao conceber que o Poder Constituinte é limitado pelos direitos humanos, além do que seu exercício não implica em uma ruptura integral com as instituições anteriores, inclusive as jurídicas, lhe atribui exclusivamente natureza jurídica.

Não obstante as inovações trazidas pela visão moderna, a mesma ainda finda por incorrer em equívocos, tanto quanto a visão clássica, que terminam por tornar o Poder Constituinte incompatível com a realidade do pluralismo marcante nas atuais sociedades, *v. g.*, quando aponta um conjunto de valores concretos majoritariamente compartilhados por uma parcela da sociedade como sendo fator limitador da atuação do Poder Constituinte. Isso faz com que a idéia de Povo se torne por demais aproximada à de Nação, marcada pela homogeneidade e abstração.

Como maneira de se reconstruir a teoria do Poder Constituinte, de forma a compatibilizá-la com as atuais sociedades plurais, surge a visão

contemporânea, baseada na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas (1997).

Dessa forma, a titularidade, a natureza, o exercício e as características do Poder Constituinte passarão a ser discursivamente compreendidos, tendo-se em vista os princípios da democracia e da soberania popular.

Destarte, ver-se-á que o único limite ao exercício do Poder Constituinte será o próprio discurso e não mais dados antropológicos, históricos ou culturais, tampouco direitos humanos substancialmente compreendidos. Ao contrário, diante do fato do pluralismo, os indivíduos não são mais escravos de suas tradições ou crenças que podem ser negadas, recriadas, modificadas, o que se dará pelo discurso.

Quanto à atuação do Poder Constituinte, que ainda na visão moderna era tida como sendo episódica, datada, passa a ser entendida como perene, permanente. A Constituição não é mais vista como um produto acabado e completo, mas como um projeto que demanda constante construção e reconstrução, o que se dá discursivamente.

Dessa maneira, o Poder Constituinte não se exaure quando findo o texto constitucional. Ao contrário, permanece em um ininterrupto processo de aprendizagem.

Assim, nas sociedades plurais marcadas pela existência das inúmeras crenças, tradições, culturas, valores, etnias, a Constituição substituirá a idéia de um conjunto de valores concretos compartilhados. Diante da alteridade, da diversidade, do dissenso, da diferença, a Constituição será o único fator de identidade comum a todos, indistintamente.

A cidadania se unirá em torno da noção de um Patriotismo Constitucional, de modo que todos os indivíduos se reconhecem como livres e iguais porque compartilham da mesma Constituição que, por sua vez, terá sido produzida por todos os interessados/afetados pelo discurso constitucional.

Destarte, no presente estudo, far-se-á um breve levantamento das principais doutrinas acerca do Poder Constituinte, bem como de alguns de seus autores mais expoentes, identificando-os com a classificação trazida por Cruz (2005): (i) teorias assentes na “visão clássica” sobre o Poder Constituinte; (ii) teorias atinentes à “visão moderna” de tal poder; e por fim, chegar-se-á à (iii) “visão contemporânea”, que será a tese central dessa dissertação, qual seja, uma reconstrução da teoria do Poder Constituinte tendo como base a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia em Habermas (1997).

Entretanto, uma ressalva se faz necessária, quanto ao enquadramento que será feito de autores e suas respectivas teorias nas vertentes clássica, moderna e contemporânea, qual seja, a de que tal enquadramento não se faz em caráter eminentemente cronológico, mas de identificação de pontos centrais entre as teorias analisadas.

Assim, será possível verificar a identificação de um autor no marco, por exemplo, da visão moderna e outro, mesmo sendo seu “contemporâneo”, cronologicamente falando, na visão contemporânea. Dessa forma, por exemplo, é o que ocorrerá quando da verificação da teoria de Rawls (1993), que será, para os fins dessa dissertação, classificado na visão moderna e a de Habermas (1997), que, por sua vez, será identificado na visão contemporânea.

A obra será dividida em cinco capítulos, incluindo-se esta introdução, sendo tratada a visão clássica no segundo capítulo, a visão moderna, no

terceiro e, por fim, no quarto capítulo, a visão contemporânea, pela qual será proposta uma reconstrução da teoria do Poder Constituinte a partir da teoria discursiva do direito. A conclusão encontra-se no quinto capítulo.

2 VISÃO CLÁSSICA DO PODER CONSTITUINTE¹

Por visão clássica do Poder Constituinte entende-se a doutrina inaugurada por Sieyès, englobando, dentre outros, Bourdeau, Carré de Malberg, Schmitt, Hauriou e Heller. Abarca também as teorias contratualistas de índole jusnaturalista de Santo Tomás de Aquino e Grócio e a corrente juspositivista capitaneada em Kelsen.²

Por essa perspectiva clássica, o Poder Constituinte é entendido como aquele capaz de criar ou de modificar o texto constitucional, sendo classificado, respectivamente, como Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado de Reforma³, cujas principais serão vistas a seguir.

2.1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

¹ Curioso verificar que, apesar de as teorias que se enquadram na visão clássica já estarem superadas no atual curso do constitucionalismo, no Brasil, a maioria dos manuais de Direito Constitucional ainda reproduzem seus conceitos, quase sem inovação, conforme adverte Cruz (2005). Citam-se, como exemplo, Moraes (2005), Silva (2003), Bastos (2002), Carvalho (2004), Araújo e Nunes Júnior (2005), Ferreira Filho (2003), dentre outros.

² Conforme citados por Santos (1980).

³ Uma terceira subdivisão do Poder Constituinte é apontada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, qual seja, a do Poder Constituinte Derivado Decorrente, que apenas se daria em Estados configurados sob a forma de uma Federação. Tal poder seria, assim, atribuído aos e exercido pelos entes federativos para se constituírem, em face da pluralidade de centros de poder político, típica numa federação. Os frutos desse poder seriam as Constituições Estaduais e, no Brasil, também a Lei Orgânica Distrital e as Leis Orgânicas Municipais. O foco da presente dissertação não toca o estudo específico dessa subdivisão, de modo que dele não se cuidará. Para tanto, vide Ferreira Filho (2003).

Tal poder tem a função de criar um novo texto constitucional. Mais que isso, esse poder é o único capaz de realizar tal empresa. Assim, pelo exercício/manifestação do Poder Constituinte Originário cria-se uma nova Constituição (seu texto) que, por sua vez, será o instrumento de organização do próprio Estado e instituidor do ordenamento jurídico.

Destarte, esse poder originário seria algo anterior à Constituição, ao Estado e ao ordenamento jurídico.

A titularidade desse poder remanesce na Nação⁴, cujo conceito, conforme Cruz (2005), seria a totalidade abstrata do povo de um dado país. A Nação implicaria numa identidade entre o povo e o conjunto dos seus representantes eleitos e reunidos numa Assembléia Constituinte, criada para exercer o Poder Constituinte Originário e, portanto, incumbida de elaborar o novo texto constitucional.

Ademais, nessa perspectiva, a Nação implica no reconhecimento de uma sociedade homogênea, que compartilha as mesmas tradições, língua,

⁴ Conforme se poderá verificar a seguir, ao tratarmos das teorias dos autores enquadrados na visão clássica, alguns deles utilizam a palavra Nação e, outros, a expressão Povo, quando tratam da titularidade do Poder Constituinte Originário. Nada obstante, nesse ponto da dissertação, explanando acerca da visão clássica, emprego tão somente “Nação”, mas atribuo o mesmo conceito/significado, também à expressão “Povo”. Tal utilização como expressões sinônimas se justifica vez que os conceitos dados pelos referidos autores, mesmo que tenham intencionado uma distinção, se identificam, no sentido de que tanto a Nação quanto o Povo são a entidade abstrata e subjetiva do Estado, tal qual idealizado por Jellineck. Algo como a “soma” dos indivíduos ou dos cidadãos integrantes do Estado, numa visão homogênea de membros livremente associados que compartilham da mesma história, tradição, língua, costumes e que perseguiriam os mesmos fins. Veja-se: “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, 1991, p. 81-82). Sem grifos no original. Não se reconhecia, nessa perspectiva, o pluralismo, ingrediente que será trazido nos contextos das visões moderna e contemporânea.

história, cultura, que professa a mesma fé, que se identifica com as mesmas idéias.

O conceito de Nação envolve certamente as clássicas noções relativas à homogeneidade cultural, lingüística, econômica, política, na qual um mesmo passado de tradições e eventos históricos une os cidadãos em torno de um projeto comum: a ruptura integral com as bases do ordenamento jurídico anterior e a constituição das bases de um novo. (CRUZ, 2005, p. 3)

Quanto à natureza do Poder Constituinte Originário, duas principais vertentes da visão clássica, a escola jusnaturalista e a juspositivista, divergem. Ambas compartilham a noção de que o Poder Constituinte Originário é anterior ao texto constitucional e ao próprio Estado. Portanto, anterior ao ordenamento jurídico.

Mas, para a vertente jusnaturalista, entende-se a vocação social do ser humano como sendo um seu direito natural, radicado no direito de se associar e de se organizar por meio da configuração do Estado. O meio de se fazer tal empresa, ou seja, de se exercer esse direito, seria através do Poder Constituinte Originário, um poder de direito.

Já a doutrina juspositivista nega a existência de direitos naturais, preexistentes ao próprio Estado. O juspositivismo apenas reconhece o direito criado pelo Estado. Nesse sentido, uma vez admitido que o Poder Constituinte Originário é o poder criador do texto constitucional, sendo, portanto, anterior ao próprio Estado, esse poder não pode ter natureza jurídica. Assim, será um poder de fato.

Percebe-se, com isso, que tais perspectivas adotam uma visão dissociada do Poder Constituinte Originário, no sentido de uma separação

absoluta entre direito e política. Nesse sentido, o viés jusnaturalista⁵ aponta o exercício do Poder Constituinte Originário como um fenômeno jurídico, já que este poder é um poder de direito. Já a vertente juspositivista o compreende como um fenômeno político, sendo aquele poder um poder de fato.⁶

Não obstante, sejam mais afeitos à vertente jusnaturalista ou à posição juspositivista, em linhas gerais, todos os autores e suas teorias, tidos como integrantes da visão clássica, coadunam que o Poder Constituinte Originário é um poder inicial/originário e ilimitado/incondicionado.

Inicial/originário, porquanto seria anterior a qualquer ordenamento jurídico, a qualquer norma jurídica. Destarte, como asseverado por Cruz (2005), não havia espaço para se questionar sobre a legitimidade do exercício do Poder Constituinte Originário, bastando que o mesmo fosse exercido em meio a uma Assembléia Constituinte, mesmo que essa não tivesse sido democraticamente instituída.

Visto como um poder revolucionário, oriundo das ruas e da força das armas vitoriosas, mesmo que por espúrios 'golpes de Estado', ele (o Poder Constituinte Originário) seria originário, vez que não derivaria de qualquer outra

⁵ Ainda hoje, no Brasil, indicando a natureza de poder de direito ao Poder Constituinte Originário, veja-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "Qual é a natureza do Poder Constituinte? É ele um poder de fato, isto é, uma força que se impõe como tal, ou um poder de direito, ou seja, um poder que deriva de regra jurídica anterior ao Estado que funda? (...) Para quem entender que o Direito só é Direito quando positivo, a resposta é que o Poder Constituinte é um poder de fato, no sentido de que se funda a si próprio, não se baseando em regra jurídica anterior. Para os que admitem a existência de um Direito anterior ao Direito positivo, a solução é que o Poder Constituinte é um poder de direito, fundado num poder natural de organizar a vida social de que disporia o homem por ser livre. (...) **Na realidade, parece ser preferível a segunda tese.** O Direito não se resume ao Direito Positivo. **Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este.** Deste Direito natural decorre a liberdade de o homem estabelecer instituições por que há de ser governado. **Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito**" (FERREIRA FILHO, 2003, p. 22-23). Sem grifos no original.

⁶ Cumpre ressaltar que com a instauração do paradigma do Estado Liberal, após, mormente, a vitória da Revolução Burguesa na França e da independência dos Estados Unidos da América, a corrente jusnaturalista foi suprimida pela juspositivista. Sendo assim, a doutrina majoritária acerca da natureza do Poder Constituinte Originário é a de que o mesmo seja um poder de fato.

norma jurídica. Desse modo, não cabia por parte dessa visão clássica qualquer questionamento referente a sua legitimidade. (CRUZ, 2005, p. 3)

Seria ilimitado/incondicionado, por ser o poder criador da Constituição, anterior ao seu texto, ao Estado e ao ordenamento jurídico, não sofrendo qualquer contenção ou limitação em sua ação e, portanto, em seu conteúdo (o texto constitucional). E, ademais, não se submetendo a qualquer forma preestabelecida para seu exercício.

Pela mesma razão, o Poder Constituinte Originário seria ilimitado/incondicionado, o que lhe permitiria traçar livremente as bases do novo ordenamento jurídico. Com isso percebe-se a pertinência da metáfora: '*o poder constituinte pode fazer do círculo um quadrado!*'. (CRUZ, 2005, p. 3)

Disso decorre, ademais, que o exercício do Poder Constituinte Originário, com a conseqüente criação de um novo texto constitucional, seria capaz de romper integralmente⁷ com a ordem estatal e com o texto constitucional anterior e criar, a partir de um “marco zero”, uma nova configuração estatal por meio de um novo texto constitucional.

⁷ Esse entendimento de que o Poder Constituinte Originário é inicial, ilimitado e insubordinado, isto é, não se funda nem se submete a nenhuma ordem jurídica anterior, bem como de que seu exercício implica, necessariamente, em uma ruptura integral do ordenamento jurídico anterior, típica da visão clássica, encontra respaldo, ainda hoje, no Brasil. Veja: “A ‘Constituinte’ de 1987 foi convocada por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição então vigente (de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e as posteriores alterações que lhe integravam o texto). (...) Esta Emenda Constitucional, n. 26 estabeleceu no art. 1º que ‘os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional’. (...) Este texto é propositalmente enganoso. Falando em ‘Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana’, deu – e isto foi proposital em razão de motivos políticos – a idéia de que haveria manifestação do Poder Constituinte originário. (...) Tal não ocorreu, porém. **Inexistiu ruptura revolucionária** que normalmente condiciona as manifestações do Poder Constituinte originário. Ao contrário, a *Assembléia Nacional Constituinte* veio convocada por intermédio de uma Emenda Constitucional, adotada com o exato respeito das normas que regiam a modificação da Constituição. (...) A ordem constitucional vigente no País é, portanto, resultado de reforma da Constituição anterior, estabelecida **com restrita obediência às regras então vigentes**, mas que, por resultar num texto totalmente refeito e profundamente alterado, deu origem a uma nova Constituição”(FERREIRA FILHO, 2003, p. 31-32). Sem grifos no original.

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 novembro de 1917, com o aniquilamento do aparato czarista que se compunha de algumas garantias burguesas, mas que ainda continha traços claramente medievais. (CRUZ, 2005, p. 3)

Tal compreensão implica a noção de que o Poder Constituinte Originário é exercido em episódios/momentos específicos, ou seja, quando da necessidade de criação de um novo modelo de Estado, de um novo texto constitucional, seja por via revolucionária, seja por meio de um golpe de Estado, ou pela eleição de uma Assembléia Constituinte. Em qualquer caso, esgotada a função atribuída ao Poder Constituinte Originário, ou seja, depois de elaborado o novo texto constitucional, aquele poder teria sua força exaurida e sua atuação terminada.

2.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE REFORMA

A visão clássica do Poder Constituinte Derivado de Reforma o concebe como um poder instituído pelo Originário, formalizado no texto constitucional. É o poder através do qual são feitas alterações no texto da Constituição.

Sua titularidade fora atribuída ao mesmo titular do Poder Constituinte Originário, qual seja, a Nação. O entendimento era o de que apenas aquele que detém o poder de criar o texto constitucional terá, também, o de modificá-lo.

Ademais, segundo constata Cruz (2005), o entendimento assente na visão clássica acerca do exercício do Poder de Reforma é o de que este se encontra limitado pela vontade da Nação, que, como visto, era tida como seu titular, tanto quanto do Poder Constituinte Originário. Mas nenhuma

diferenciação quanto ao alcance das alterações promovidas pelo exercício do Poder de Reforma era feita, isto é, não se havia diferenciado Revisão de Reforma.

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, até então, qualquer refinamento no sentido de examinar as espécies de Revisão ou da Reforma propriamente dita. No Brasil, Pontes de Miranda pode ser citado como exemplo dos adeptos da uniconceitualidade, ou seja, que viam tanto a Revisão quanto a Reforma Ordinária como institutos idênticos e não diferenciáveis. (CRUZ, 2005, p. 4)

Já na visão moderna, essa diferenciação aparece. Destarte, a Reforma seria uma alteração parcial, pontual, para implementar uma renovação/atualização de certas disposições constitucionais. Já a revisão encamparia uma alteração integral de todo o texto constitucional.⁸

⁸ A discussão acerca de tal diferenciação, entretanto, extrapola os objetivos dessa dissertação, bastando lembrar que a mesma se assenta no alcance da alteração produzida no texto constitucional. Assim, reforma seria uma alteração pontual, de partes menores e/ou específicas do texto constitucional, sem, portanto, promover uma modificação profunda em seus fundamentos. Revisão, por sua vez, seria uma ampla e significativa alteração de todo o texto constitucional, promovendo uma alteração sistêmica [para uma compreensão acerca de “sistema constitucional”, veja-se Bonavides (2005)]. No Brasil, entretanto, a doutrina majoritária é no sentido da visão clássica, não se diferenciando revisão de reforma. A doutrina de Canotilho (1993) é de forte influência nesse sentido: “Acabamos de ver que a revisão pode consistir na renovação de certas disposições através da *supressão*, *substituição* ou *aditamento* de normas. Trata-se sempre de *alterações parciais* da constituição. Mas pode também conceber-se uma *revisão* total que consistirá na substituição do texto da constituição por um outro completamente novo (CANOTILHO, 1993, p. 1134-1135). Ressalva-se o posicionamento de Silva (2002, p. 282-283) que propugna a diferenciação aventada, anotando que: “Os processos de mudança formal da Constituição se efetivam mediante técnicas de modificação dos textos constitucionais por via de atuação voluntária e deliberada de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas na própria Constituição. Isso acontece por meio de *reforma*, *emenda* ou *revisão* constitucional. A doutrina brasileira não é precisa no emprego desses termos (...). A maioria dos autores, contudo, tem empregado indistintamente os três termos, embora a Constituição de 1934 (art. 178) e a atual tenham feito distinção entre *emendas* e *revisão*. Para a primeira, *emenda* era forma de modificar a Constituição quando a proposta não importasse alterações na estrutura política do Estado ou na organização ou competência dos poderes da soberania. Do contrário, o procedimento seria o da *revisão*”.

Nessa esteira, o Poder de Reforma seria um poder limitado⁹, além de derivado/condicionado pelo Poder Constituinte Originário¹⁰. Possui, portanto, natureza jurídica, vez que fora instituído pelo Poder Constituinte Originário e regulamentado pelo próprio texto constitucional, uma norma jurídica.

Daí seu caráter de poder derivado e condicionado: derivado do Poder Originário e condicionado às prescrições do texto constitucional.

A doutrina dominante desse período via a natureza do Poder Constituinte Derivado de Reforma como um poder jurídico e, por conseguinte, derivado/condicionado pelo Poder Constituinte Originário. A despeito de escrever já no século XX, Georges Burdeau desenvolve uma perspectiva axiomática pela qual o poder de reforma é concebido como um poder instituído pela Constituição e, como tal, a ela submetido. Dessa forma, a reforma não poderá jamais processar uma mudança total do texto constitucional, pois, o fazendo, estaria usurpando competência do Poder Originário. (CRUZ, 2005, p. 4)

Quanto às limitações ao Poder Constituinte Derivado de Reforma, a visão clássica aponta as seguintes: limitações temporais, circunstanciais, formais e materiais¹¹.

A limitação temporal se dá com a vedação, por um lapso de tempo determinado explícita ou implicitamente, na Constituição, de qualquer alteração no seu texto. Assim, durante o prazo estabelecido, fica suspensa a atuação do Poder de Reforma. Justifica-se esse tipo de limitação como uma espécie de

⁹ “Nesse sentido, o Poder de Reforma 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 teria caráter permanente. Contudo, predominava a concepção de que, a despeito de permanentes, tanto um quanto o outro se exerciam de forma pontual/episódica” (CRUZ, 2005, p. 5). “Autores há – e são muitos, v. g., Duguit, Joseph Barthélemy, Laferrière, Duverger, Vedel... – que o consideram ilimitado. E assim pensam, de modo geral, porque o consideram o próprio poder originário subsistente em sua própria obra. Desse modo as regras que ele próprio declarou, ele próprio pode mudar. Outros – e são a maioria, v. g., Schmitt, Burdeau, Hariou, Recaséns Siches, Pinto Ferreira... – sustentam o contrário. O Poder Constituinte constitucionalizado é uma criação do originário como os demais poderes, como a Constituição. Sua competência ele a recebeu do poder originário e como os demais poderes constituídos não pode validamente ultrapassar seus limites” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 29).

¹⁰ Nesse sentido, cf. Baracho (1981, p. 40-41).

¹¹ Quanto às limitações ao Poder Constituinte Derivado de Reforma, os conceitos trazidos na visão clássica coadunam com as visões moderna e contemporânea.

“prazo de carência” do novo regime constitucional, ou seja, um prazo que se reputa razoável para a implementação e estabilização do novo texto constitucional, das novas instituições e relações jurídico-constitucionais¹².

Cruz (2005) colaciona os seguintes exemplos de constituições que traziam limitações temporais:

- a) Constituições Francesas do ano I e do ano III, que previam o prazo de dez anos após a promulgação do texto constitucional, durante os quais nenhuma alteração poderia ser implementada, sob pena de prisão para o autor da proposta.
- b) Atual Constituição Portuguesa, de 1976, que prescreve a limitação temporal pelo prazo de quatro anos de sua publicação.
- c) No Brasil, a Constituição do Império, de 1824 trazia um processo de limitação temporal implícita, deduzido o prazo da combinação de duas legislaturas, de modo que uma Legislatura editava um ato normativo, delimitando o conteúdo da alteração e autorizando a Legislatura seguinte a realizar a modificação no texto constitucional.

Quanto à atual Constituição Brasileira, de 1988, não cuida o art. 3º de seus Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de limitação

¹² “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 ordinárias da Constituição (cr. Art. 284.º/1);
- aceitou-se a *revisão extraordinária em qualquer momento* (art. 284.º/2), desde que satisfaçam os restantes requisitos exigidos (maioria qualificada de 4/5) (CANOTILHO, 1993, p. 1126-1127).

temporal. Lá se encontra prescrito que “a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

Tal como assevera Cruz (2005), tal dispositivo não implica em limitação temporal¹³, já que esta modalidade de limitação redundaria na proibição de qualquer tipo de alteração formal no texto constitucional, seja por emenda, revisão, ou reforma.

Na Carta vigente não se deve considerar como limitação temporal o regramento da Revisão Constitucional (art. 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, 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. (CRUZ, 2005, p. 6-7)

O que se percebe, portanto, é que a Constituição Brasileira de 1988 previu dois tipos diversos de alteração formal de seu texto, diferenciados pelo seu procedimento, notadamente pelo quorum de aprovação. No caso do seu art. 60, a alteração dar-se-á com a aprovação de projeto de emenda por três quintos dos membros de ambas as casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal). Já a chamada revisão, trazida no referido art. 3º dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), se realizaria pelo voto da

¹³ Esse é também o posicionamento de Silva (2003, p. 66): “As *limitações temporais* não são comumente encontráveis na história constitucional brasileira. Só a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação, visto que previra que tão-só após *quatro anos* de sua vigência poderia ser reformada (art. 174) (...) É desnecessário lembrar que a revisão constitucional, que era prevista no art. 3º das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, não revelava limitação temporal, a qual, aliás, se esgotou com a malfeita revisão empreendida e concluída com apenas seis modificações no texto constitucional”.

maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. Essa via, ademais, já se realizou, exaurindo-se.

Entretanto, não é possível esquecer que nosso modelo atual adotou, ao lado da via de reforma ordinária, a **revisão constitucional**. Esse processo foi previsto para uma única incidência, em 1993, não sendo pois, possível, nova realização. Vislumbrando como instituto episódico, a revisão traduziu-se apenas em seis emendas, apesar de prever um procedimento bem mais simplificado do que a via ordinária. (CRUZ, 2005, p. 8)

Outra espécie de limitação ao Poder de Reforma é a circunstancial, que, diversamente da temporal, não denota um período de tempo para a estabilização das relações jurídicas e das novas instituições constitucionais/sociais. Mas, sim, refere-se a uma esfera de proteção da Constituição e de seus princípios estruturantes quando da ocorrência de situações de exceção, tais como guerra, calamidade pública, períodos de agitação política, golpes de estado, guerra civil, etc.

Uma segunda modalidade de limitação expressa é aquela que se prende a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um país. Ordinariamente configuram um estado de crise que torna ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer reforma constitucional. (BONAVIDES, 2005, p. 200)

Vê-se, portanto, que no contexto da limitação circunstancial, não é o fator tempo que importa, tal qual se dá na limitação temporal, mas a existência factual de uma dada circunstância adversa que coloque em risco a integridade constitucional. Enquanto permanecer a situação de risco, estará suspensa a atuação do Poder de Reforma, vedando-se qualquer alteração no texto constitucional, impedindo-se, assim, a formação de manipulação política, de maiorias contingentes, a alteração do texto constitucional para fins particulares, etc.

A atual Constituição Brasileira, de 1988, adota essa modalidade de limitação em seu art. 60, parágrafo 1º, vedando, expressamente, a implementação de emendas na vigência de intervenção federal¹⁴, estado de sítio ou estado de defesa.¹⁵

Uma terceira espécie é a chamada limitação formal, pela qual, para se realizar qualquer alteração ao texto constitucional, dever-se-á atentar para o procedimento expresso na própria Constituição. Caso tal procedimento seja desrespeitado, a alteração sofrerá vício de nulidade por inconstitucionalidade, não podendo ser, portanto, implementada.

Dessa forma de limitação decorre a classificação das constituições quanto a sua estabilidade, em constituições rígidas, semi-rígidas e flexíveis, trazida por Lorde Bryce, citado por Cruz (2005, p. 7) e por Bonavides (2005, p. 83), de modo que as constituições dotadas de rigidez, para terem o seu texto modificado, estabelecem um procedimento diferenciado do processo ordinário de alteração da legislação infraconstitucional. Normalmente, um procedimento mais rigoroso, com quorum qualificado, mais difícil de ser implementado. Já as

¹⁴ Acerca da intervenção federal como fator que enseja a limitação circunstancial, Cruz (2005) faz severa crítica à prática de manipulação política feita, quase sempre, de forma consciente e maquiavélica, em flagrante manifestação de agir estratégico por parte das elites governantes no Brasil. Veja: "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 tamanha que um policial (Cabo Valério) veio 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. O fato de que simultaneamente tramitava a proposta de emenda constitucional que instituiu a reeleição presidencial foi entendido como causa de tal omissão". (CRUZ, 2005, p. 7)

¹⁵ Outras constituições brasileiras e estrangeiras também já adotaram esta modalidade de limitação. Por exemplo, veja: "Exemplo de disposição nesse sentido era a do art. 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. (...) A Constituição de 1958, sensível ao argumento patriótico e à ilegitimidade da operação constituinte numa hipótese anômala, vedou também a iniciativa revisora em caso de atentado à integridade do território (art. 89). (...) A Constituição brasileira de 1967 declarava que durante a vigência do estado de sítio não se reformaria a Constituição". (BONAVIDES, 2005, p. 200)

constituições flexíveis seriam aquelas cuja parte escrita (leis constitucionais esparsas) pode ser alterada pelo mesmo procedimento de modificação das leis ordinárias.

Nada obstante, esclarece Cruz (2005), que:

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. (CRUZ, 2005, p. 7)

No caso Brasileiro, a Constituição de 1988, que se classifica como rígida, expressa o procedimento de alteração de seu texto no art. 60, incisos I, II e III, e parágrafos 2º, 3º e 5º, sobre os quais basta uma simples leitura do texto constitucional.¹⁶

Ademais, a Carta Brasileira de 88 também previu o procedimento da revisão constitucional, no art. 3º dos ADCT, tema já abordado anteriormente.

Por fim, a doutrina aponta a existência das limitações materiais ao Poder de Reforma. Estas são comumente denominadas de “cláusulas pétreas”.¹⁷

¹⁶ Por extrapolar demasiadamente o tema específico dessa dissertação, não serão feitos comentários detalhados acerca do procedimento de emenda constitucional trazido no art. 60 da Carta de 88. Para tanto, ademais, basta uma leitura ao próprio artigo 60 ou a qualquer manual de Direito Constitucional.

¹⁷ Maria Helena Diniz afirma que as cláusulas pétreas formariam um núcleo intocável por qualquer reforma, classificando-as como normas constitucionais de eficácia absoluta. Veja: “As normas constitucionais com *eficácia absoluta* são as intangíveis; contra elas nem mesmo há o poder de emendar. Daí conterem uma força paralisante total de qualquer legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-las. (...) Por exemplo, os textos constitucionais que amparam a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação de poderes (art. 2º) e os direitos e garantias individuais (art. 5º, I a LXXVII), por serem insuscetíveis de emenda, são intangíveis, por força dos arts. 60. §4º, e 34, VII, a e b. (...) Nenhum procedimento constitucional permite a emenda dos comandos constitucionais absolutos. Certos princípios constitucionais deverão ser respeitados e intangíveis se o texto contiver a prescrição de sua inviolabilidade absoluta. (...) Há uma supereficácia paralisante, ou ab-rogante, das normas constitucionais absolutas, pois, aplicáveis imediatamente, sendo intangíveis, não poderão ser alteradas pelo poder constituinte derivado, sobrevivendo enquanto a Constituição for vigente” (DINIZ, 1989, p. 109-111). Não se pode concordar com esse posicionamento, típico da visão clássica do Poder Constituinte, vez que as limitações

Essa modalidade de limitação refere-se a um rol de matérias/princípios trazidos no bojo constitucional, tidos como elementos essenciais de um texto constitucional¹⁸.

Como aponta Bonavides (2005), a partir do século XVIII, várias constituições começam a explicitar, em seus textos, matérias tidas como intangíveis, livres, portanto, do alcance do Poder de Reforma.

Desde o século XVIII, Constituições diversas têm trazido restrições expressas ao poder de reforma constitucional. O art. 2º, II, da Constituição helvética de 1798 fazia intocável a democracia representativa e ainda no século XX há exemplos recentes de Constituições que se valem da mesma técnica restritiva de intangibilidade absoluta de uma parte do texto constitucional. Haja vista a esse respeito o art. 79, III, da Lei Fundamental de Bonn que interdita a supressão da estrutura federal do país ou a abolição do Conselho Federal, equivalente ao Senado ou a uma Câmara dos Estados. (BONAVIDES, 2005, p. 201)

Referem-se, tais limitações, a uma idéia de permanência da estrutura essencial da constituição, de modo que alterações que venham a alterar/suprimir tais elementos estruturais da conformação do Estado¹⁹, sejam vedadas.

O art. 60, §4º, da Constituição Brasileira de 1988 denota as chamadas cláusulas pétreas, asseverando que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

materiais não são, sobremaneira, absolutas. O próprio texto constitucional afirma que não serão aceitas emendas **tendentes a abolir** os princípios elencados no seu art. 60, §4º. Alterações que, por exemplo, venham a ampliar o rol dos direitos fundamentais (haja vista a emenda nº 45 que introduziu o inciso LXXVIII, e o §3º ao art. 5º), são perfeitamente possíveis e, até mesmo, necessárias. O que se veda são tentativas de supressão de princípios estruturais do sistema constitucional (englobado aí o sistema de direitos fundamentais).

¹⁸ Cruz (2005, p. 8).

¹⁹ Cruz (2005, p. 8).

Estas são, pois, as “matérias” que compõem a limitação material ao Poder de Reforma no âmbito da Constituição do Brasil²⁰, conformando a “identidade da Constituição”, que o Poder Constituinte Originário teria determinado como sendo o núcleo intocável pelo Poder Reformador²¹.

Essa idéia de uma limitação material, com um núcleo de matérias no texto constitucional impassível de alteração pelo Poder de Reforma associa-se ao conceito de rigidez constitucional, compreendido numa perspectiva preponderantemente positivista do Direito.

Assim, a limitação material e a rigidez constitucional eram compreendidas dentro de um contexto de segurança jurídica e previsibilidade das relações sociais, entendendo-se a Constituição como sendo um sistema fechado.

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 em que tais idéias se inserem. (CRUZ, 2005, p. 8-9)

²⁰ “As Constituições brasileiras desde 1891, por exemplo, interditavam toda a reforma constitucional que viesse a abolir a forma republicana de governo ou a forma federativa de Estado. A Constituição vigente retirou, porém, do âmbito de sua cláusula pétrea a forma republicana e, até, instituiu, tocante à monarquia, a consulta plebiscitária do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Todo o §4º do art. 60 da Constituição consagra as vedações materiais perpétuas do nosso ordenamento constitucional ao exercício do poder de reforma” (BONAVIDES, 2005, p. 200).

²¹ Cruz (2005, p. 8).

2.3 PRINCIPAIS AUTORES DA VISÃO CLÁSSICA

Vistas, acima, as principais características acerca do Poder Constituinte, conforme a visão clássica, passa-se a verificação, ainda que de forma sucinta, das principais teorias e autores enquadrados no seu âmbito.²²

De antemão se esclarece que será dada primazia à teorização acerca do Poder Constituinte Originário, vez que, sobre o Poder Constituinte Derivado de Reforma, a doutrina clássica é bastante concordante em seus elementos cruciais, já asseverados acima²³.

2.3.1 A teoria de Sieyès²⁴

Atribui-se ao abade Emmanuel Joseph Sieyès a autoria da teoria do Poder Constituinte, exposta em sua obra “Que é o terceiro estado?”²⁵,

²² Primordialmente, as teorias e seus respectivos autores podem ser enquadrados, de modo amplo, em dois campos: jusnaturalismo (v.g., Sieyès, Santo Tomas de Aquino, Grócio, Hauriou, Burdeau) e juspositivismo (v.g., Schmitt, Kelsen, Carré de Malberg). Saldanha (1981), citando Vanossi, assim se manifesta: “Jorge Vanossi, seguindo um esquema diferenciativo do tipo do de Carl Schmitt, distingue cinco *conceitos* de poder constituinte: o racional-ideal, correspondente às idéias de Sieyès e ao contexto ideológico em que ele trabalhou; o fundacional-revolucionário, ligado às idéias de Hauriou, inclusive a de ‘instituição’ e a de suprallegalidade constitucional; o existencial-decisionista, correlato das posições de Schmitt e da noção de *Entscheidung* (desiçã) como raiz de toda a vida política; o materialista, relativo a um possível aproveitamento do marxismo e do leninismo para o problema do poder constituinte; enfim o dialético-plenário, encontrando na breve mas profunda e fecunda contribuição de Heller, ligada ao seu conceito de constituição como totalidade (cf. Vanossi, *Teoría Constitucional*, vl. I, Depalma, B. Aires, 1975)”. (SALDANHA, 1981, p. 71)

²³ A principal divergência (senão a única relevante) está em considerar o Poder de Reforma como sendo uma extensão do próprio Poder Constituinte Originário, sendo, portanto, ilimitado – sendo este o posicionamento minoritário; ou, ao contrário, a afirmação - posicionamento majoritário - de que o Poder de Reforma é um poder criado/derivado do Poder Constituinte Originário, sendo, assim, limitado.

²⁴ Santos (1980) denomina a teoria de Sieyès de Teoria Racional-Ideal e aponta quais seriam seus pontos principais: “Entre os elementos identificadores da ‘Teoria Racional-Ideal’, podem ser elencados os seguintes: a) princípio da liberdade, sob o qual se estrutura a nação; b) a nação, como ente de direito natural; c) o sistema de representação-imputação, como sistema procedimental para o exercício do Poder Constituinte; d) a criação do Poder Constituinte como estabelecedor da Constituição”. (SANTOS, 1980, p. 23)

²⁵ Sieyès (2001).

originalmente editada antes da eclosão da Revolução Francesa, no início dos anos de 1789.

Sieyès (2001) desenvolve sua teoria insurgindo-se contra o absolutismo de então, que estruturava o Estado Francês num modelo de privilégios e separação de classes, permeado por um sistema de votação por estamentos. Eram os Estados Gerais, compostos pelo Primeiro Estado, representado pela nobreza, o Segundo Estado, representativo do clero e, por fim, o Terceiro Estado que representava a burguesia.

Os Estados Gerais eram um órgão deliberativo de natureza meramente consultiva da monarquia, tendo sido criado em 1302 pelo Rei Felipe IV (1285-1314) para representar as três classes sociais francesas do período medieval, a saber: o clero, constituído pelos hierárquicos da igreja católica, grande titular de terras e riqueza; a nobreza, constituída pelos senhores feudais e seus herdeiros titulados; e os comuns, constituídos por mercadores citadinos que haviam acumulado grande capital e prestígio com os seus negócios.(JEVEAUX, 2003, p. 11)

O sistema à época vigente, de votação estamental, garantia sempre a vitória do clero e da nobreza, em detrimento do Terceiro Estado²⁶, mesmo que, numericamente, este último contemplasse a grande maioria da população. Ademais, compunham o Terceiro Estado, os burgueses, que eram efetivamente a classe social empreendedora, produtora de riquezas e a única que arcava com os ônus e encargos tributários. Ou seja, a classe burguesa

²⁶ “Para Sieyès, era necessário igualar o Terceiro Estado (povo) aos dois outros (clero e nobreza), privilegiados, relativamente a direitos e obrigações. A fim de se promover esta igualdade, concebeu a tese da existência de um Poder constituinte que institucionaliza o Estado, e que pertence ao povo ou à nação. Mediante um pacto social, de que resultava a criação da sociedade, para sua garantia necessária a existência de um Poder, denominado de Constituinte, para elaborar a Constituição. Para tanto, ou seja, para o exercício da função constituinte, seriam eleitos representantes extraordinários, distintos dos representantes ordinários que, a seu turno, exercem o Poder instituído. (...) Ressalte-se, todavia, que a Assembléia Constituinte poderia manifestar-se de qualquer modo ou forma que entendesse” (CARVALHO, 2004, p. 168).

sustentava os privilégios do clero e da nobreza que se negavam veementemente a repartir os ônus tributários.

As principais e insolúveis diferenças existentes entre as classes representadas nos Estados Gerais eram a participação paritária nas decisões e a responsabilidade tributária que incidia exclusivamente sobre os membros do terceiro estado. Pela primeira, os votos de cada classe deviam possuir o mesmo peso e, assim, a classe que tivesse numericamente mais representantes (coisa que ocorria com o terceiro estado) teria seus votos contados proporcionalmente aos votos das classes com menos representantes. (...) Na segunda, a carga tributária distribuída desigualmente criava a dependência a uma única fonte de receita por parte do Estado, então obrigado a manter duas castas que podiam contribuir mas não o faziam, mediante invocação de privilégios de ordem religiosa ou histórica, assim como sobrecarregava em demasia a única classe verdadeiramente produtiva, a qual era ainda submetida a tratamento vexatório, já que seus membros eram obrigados a se ajoelhar e a manter a cabeça coberta quando da entrada do Rei nas sessões dos Estados Gerais, enquanto que os membros dos dois primeiros estados ficavam de pé e com a cabeça coberta. (JEVEAUX, 2003, p. 11-12)

Nesse contexto, em que iria eclodir a Revolução Francesa, é que Sieyès (2001) desenvolve sua teoria do Poder Constituinte, atribuindo à Nação a sua titularidade. Pare ele, o Terceiro Estado representava o povo que era, por sua vez, a Nação corporificada.

O raciocínio de Sieyès (2001) deve ser compreendido no contexto em que fora externado, de modo que sua teoria desloca a soberania²⁷, que era atribuída a Deus, para a Nação, corporificada por sua vez, pelo povo. Por fim, o povo era representado pelo Terceiro Estado, ou seja, pela classe dos comuns, encarnada pelos burgueses, que não possuía privilégios. Nesse sentido, qualquer privilégio seria estranho à Nação.

²⁷ “A teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder. Surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII. (...) 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” (BONAVIDES, 2005, p. 142).

Ademais, os dois primeiros estados não poderiam encarnar a Nação. Ao contrário, lhe eram estranhos, vez que, além do fato de possuírem privilégios, não representavam a vontade do povo.

O que é uma nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ouse chamar de seus direitos, separados dos direitos do grande corpo de cidadãos? Ela sai, assim, da ordem comum, da lei comum. Desse modo, seus direitos civis fazem dela um povo à parte da grande nação. É realmente um *imperium in império*.

No que diz respeito a seus direitos políticos, ela os exerce também à parte. Tem seus próprios representantes, que não são absolutamente procuradores dos povos. O corpo de seus deputados se reúne separadamente e, mesmo que se reunisse em uma mesma sala com os deputados dos simples cidadãos, não seria menos certo que sua representação é essencialmente diferente e especial. É estranha à nação, antes de tudo, por princípio, pois sua missão não vem do povo; em seguida, por seu objetivo, já que consiste em defender, não o interesse geral, mas o interesse particular.

O Terceiro Estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é Terceiro Estado não pode ser olhado como pertencente à nação. Quem é o Terceiro Estado? Tudo. (SIEYÈS, 2001, p. 4-5)

Sieyès (2001) percebe a sociedade como um todo homogêneo e, sendo assim, não pode existir com três classes distintas encetando três ordens diversas e conflitantes. Disso verifica-se sua vinculação ao pensamento jusnaturalista/contratualista.

Trata-se de uma idéia holística, porque a sociedade, para Sieyès, é pensada como um todo, e não por suas partes, mormente na representação de sua vontade política. Segundo ele, é "...inútil buscar la relación o la proporción según la cual cada clase debe concurrir a formar la voluntad general". Esta vontade não pode ser uma enquanto se permitir três ordens e três representações. Para a união de vontades, recorre-se então à figura do contrato social, o único instrumento capaz de restituir direitos naturais pré-existentes ao Estado e de limitar as próprias classes sociais, a fim de que não existam privilégios. (JEVEAUX, 2003, p. 14)

Nesse sentido, verifica-se a influência de Rousseau, com quem compartilha a idéia de que o homem nasce livre, de modo que a liberdade seja um direito natural, anterior ao Estado. A Nação é quem expressa a vontade geral e, portanto, nela reside a liberdade.

Mas, como a Nação é concebida como uma unidade abstrata, é necessário corporificá-la. Assim, criou, o abade de Sieyès (2001), um sistema representativo, de modo que a vontade da Nação seria externada por um corpo de representantes.

Destarte, a titularidade do Poder Constituinte reside na Nação, mas seu exercício é atribuído a um grupo de mandatários por ela escolhidos, compondo uma Assembléia Constituinte.

Nessa esteira, já que para Sieyès (2001), quem representa e corporifica a Nação é o Terceiro Estado, a formação da Assembléia Constituinte mediante eleições de representantes da Nação e pelo critério majoritário, tem o condão de garantir a vitória dos interesses da maioria burguesa, contrapondo-se aos privilégios da minoria representativa do clero e da nobreza.

Quanto à natureza, o Poder Constituinte será um poder de direito, de sorte que o pensamento de Sieyès (2001) alinha-se à vertente jusnaturalista.

De fato, Sieyès (2001) assevera que a própria Nação decorre do Direito Natural e, mesmo sendo soberana sua vontade, não pode contrariar os princípios do Direito Natural.

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. (...) Seria ridículo supor a nação ligada pelas formalidades ou pela Constituição a que ela sujeitou seus mandatários. Se para tornar-se uma nação, a sua vontade tivesse que esperar uma maneira de ser positiva, nunca o teria sido. A nação se forma unicamente pelo direito natural. O governo, ao contrário, só se regula pelo direito positivo. A nação é tudo o que ela pode ser somente pelo que ela é. (SIEYÈS, 2001, p. 48-49)

O resultado da vontade da Nação, titular do Poder Constituinte, exercido por meio de uma Assembléia Constituinte, será a Constituição escrita, que

organizará o Estado, o Direito Positivo deste decorrente, a estrutura do governo e dos poderes constituídos.

Nessa direção, verifica-se a influência do pensamento de Montesquieu, de sorte que a Constituição, fruto do processo constituinte deflagrado pelo exercício do Poder Constituinte, será o texto legal fundamental pelo qual: será organizado o Estado; restará criado o direito positivo, isto é, o ordenamento jurídico estatal; criar-se-ão os órgãos e funções do Estado; determinar-se-á a separação dos poderes constituídos, bem como as limitações aos seus exercícios; e será elencado o rol de direitos individuais.

Estabelece-se, assim, importante distinção entre Poder Constituinte e Poder Constituído. Somente o Poder Constituinte é capaz de criar a Constituição, através da formação da Assembléia Constituinte, cujos integrantes representarão a vontade da Nação, sendo esta a única detentora da liberdade, vez que acima dela apenas paira o Direito Natural.

O pensamento de Sieyès, todavia, atingiu seu maior estágio no instante em que concebeu a Constituição como obra de um poder. Esse poder, para ele, precedia à Constituição.

Textualmente Sieyès afirma: 'Aqui, necessitamos recordar tudo que foi dito no capítulo anterior sobre a constituição do corpo de representantes ordinários, como sobre a necessidade de não se confiar esta grande obra senão a uma deputação extraordinária *que tenha um poder especial* 'ad hoc' (ob. cit., pg. 117) (sic.)

E, explicitando ainda mais seu pensamento, escreve: 'Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, senão do Poder Constituinte' (ob. cit., pg. 111) (sic.)

Daí ser a Constituição, para Sieyès, o resultado de um processo gerado por um poder especial, ou seja, por um Poder Constituinte. (SANTOS, 1980, p. 22)

2.3.2 As Teorias Jusnaturalistas de Santo Tomás de Aquino e de Hugo Grócio

São várias as Escolas de Direito Natural, mas, para os fins estritos dessa dissertação, destacam-se as doutrinas de Santo Tomás de Aquino²⁸ e de Hugo Grócio, especialmente suas idéias acerca do Poder Constituinte.

2.3.2.1 A teoria tomista

Santo Tomás de Aquino²⁹, no período da renascença medieval, retoma o pensamento aristotélico visando conciliar a fé e a razão. No tocante à organização social humana, baseando-se na visão comunitária de Aristóteles, Santo Tomás irá ressaltar a inclinação de sociabilidade do homem e sua racionalidade³⁰.

Foi ele o mais proeminente representante da Escolástica, escola filosófica cristã que se situa na segunda metade da Idade Média e sobre a qual podem ser apontadas como principais características³¹:

²⁸ A rigor, a teoria de Santo Tomás de Aquino, vez que seu pensamento encontra-se no período medieval, pré-moderno, não se refere a um Poder Constituinte, já que essa qualidade de poder é criada no âmbito da modernidade, no contexto do Iluminismo e do constitucionalismo personificados, pode-se assim dizer, nas revoluções burguesas (principalmente a revolução francesa e a independência dos Estados Unidos). Assim, a despeito da interpretação dada por Santos (1980), Santo Tomás de Aquino teoriza a respeito do Direito, podendo ser enquadrado no bojo do pensamento jusnaturalista, bem como acerca da conformação político-estatal. Mas nada afirma, especificamente, acerca do Poder Constituinte. Nada obstante, pode-se fazer um diálogo acadêmico-teorético entre o pensamento tomista e a visão clássica do Poder Constituinte, reinterpretando e amoldando a teoria do citado filósofo nos termos da teoria clássica do Poder Constituinte, o que interessa para os fins dessa dissertação.

²⁹ Citado por Santos (1980).

³⁰ Santos (1980, p. 27).

³¹ Del Vecchio (2004).

1 – Resgata-se, pelo menos parcialmente, a Filosofia Clássica. Textos filosóficos clássicos, que se haviam perdido, são encontrados e passam a ser estudados e aplicados.

Entretanto, além do fato de se terem resgatado apenas fragmentos da Filosofia Clássica (fragmentos de textos ou textos isolados), esta passa a ser estudada, reconstruída, com métodos dogmáticos. A Filosofia Clássica é remontada de forma a ser harmonizada com os dogmas religiosos. Nesse contexto o autor clássico mais influente e retomado foi Aristóteles.

2 – Surge, assim, a Filosofia Escolástica. Até onde permitiam os limites da fé, os escolásticos tentaram desenvolver os dogmas religiosos por meio de análises racionais.

Nesse contexto, Santo Tomás sistematiza o pensamento cristão, tendo como fundamento para sua doutrina jurídica e política a divisão da lei em três ordens: a lei eterna, a lei natural e a lei humana.

a) Lei eterna: Ninguém pode conhecer a lei eterna, segundo o que ela é em si, a não ser Deus e os bem-aventurados, os quais vêem a Deus em sua essência.

A lei eterna seria a própria razão divina que governa o mundo. Tal razão divina jamais poderá ser conhecida inteiramente, mas pode-se ter dela uma noção parcial por meio de suas manifestações, através do exercício da fé.

b) Lei natural: Ao contrário da lei eterna, a lei natural é integralmente cognoscível. O seu conhecimento se dá pela razão. A lei natural seria uma

participação da lei eterna no ser racional, que a conhece por meio de sua razão e na proporção da sua capacidade racional humana.

c) Lei humana: É criação do homem a partir da lei natural, por meio de conclusões obtidas da observação ou através de determinações, extraídas das premissas da lei natural e das conclusões de um silogismo, isto é, deduz-se de uma especificação da generalidade trazida na lei natural.

O maior problema da lei humana, tal como aponta Santo Tomás, é o dilema de ser ou não aplicada quando conflitar com a lei eterna ou com a lei natural. O limite até onde deve o cidadão obedecer à lei do Estado.

A teoria tomista aponta que a lei humana deve ser obedecida mesmo quando for contrária ao bem comum, para que seja preservada a ordem Estatal. Mas se for contrária ou conflitante com a lei divina, não será obedecida (ex.: uma lei que crie ou imponha um falso culto, leia-se, um culto diverso ou contrário ao cristianismo da Igreja Católica).

No que tange à teoria tomista em relação ao Estado, podem ser extraídas as seguintes características:

a) O Estado é necessário para a consecução das necessidades humanas, vez que o homem é um ser social. O Estado subsiste independentemente do pecado.

b) A finalidade do Estado é garantir a segurança dos homens e promover o bem comum, o que seria uma imagem do reino de Deus.

c) Assim, o Estado é subordinado à Igreja, sendo esta a única representante do reino de Deus no plano temporal.

O Estado deve obedecer à Igreja, sendo seu instrumento para o atendimento de seu fim, qual seja, a busca da vida eterna e da realização do reino de Deus.

d) Desse modo, um Estado que se oponha à Igreja não será legítimo, tanto quanto uma lei humana que se oponha à lei divina não deverá ser obedecida.

Daí destaca-se o poder do Papa, representante da Igreja e, portanto, de Deus. Assim, o Papa tem o poder de punir até mesmo os soberanos, bem como de desobrigar os súditos de sua obediência a eles.

e) De se notar, destarte, que a teoria tomista contém elementos extraídos, em parte, das doutrinas grega e romana, *v. g.*, a importância do Estado e seu fim, o bem comum; o ser humano como ser social e político; a existência e criação da lei humana; a racionalização.

Nessa ordem, percebe-se que a parcela do direito que pode ser conhecido pelo homem, por meio da razão, coaduna com o Direito Natural. E, assim, a lei humana, criada pelo homem em meio à organização estatal, corresponde ao Direito Positivo.

Destarte, vez que a lei humana apenas terá validade quando conforme com a lei natural e, via de consequência, com a lei eterna, decorre que o Direito Positivo fundamenta-se no Direito Natural, não podendo contrariá-lo. Vale dizer, o Direito Natural é anterior, preexistente ao próprio Estado.

Debalde, baseando-se em Aristóteles, a teoria tomista aponta que a inclinação social do homem lhe é imanente, instintiva, natural, o que legitima a sua vontade insuperável de viver de forma associativa com outros homens, ou seja, através da criação do Estado.

Tal legitimidade advém do Direito Natural sendo, portanto, de origem preexistente ao homem e ao próprio Estado.

Ao tratar da inclinação social do homem, o Santo filósofo acentuou que este, como criatura de Deus, d'Ele recebeu esta força inata, donde não poder o homem se afirmar de forma isolada.

A associação dos homens é, portanto, instintiva, decorrendo da própria natureza humana. A aspiração dos homens se agremiarem, criando o Estado, é, portanto, legítima. (SANTOS, 1980, p. 28)

Sobre o Poder Constituinte, compreendido nos termos da visão tomista, seria, como qualquer poder, um poder de origem divinatória, vez que todo poder pertence a Deus. Não obstante, segundo Santo Tomás, Deus logrou atribuir aos homens, no plano temporal, o exercício do direito natural de se viver em sociedade³².

Distinguiu-se, assim, o poder espiritual do poder temporal, sendo que esse poder temporal de se auto-organizar política e socialmente pode ser entendido, nos termos do pensamento moderno, como sendo o Poder Constituinte.

Quanto à titularidade desse poder temporal, que viria a ser designado por Poder Constituinte, é atribuída ao povo, entendido este como sendo o conjunto dos homens em concreto, a quem Deus conferiu o exercício do poder temporal, desde que em conformidade com a lei eterna.

³² Entendendo-se estes como sendo os cidadãos assim reconhecidos pela ordem feudal, ou seja, as castas do clero e da nobreza, excluindo-se mulheres, estrangeiros, vassalos e plebeus.

Reconheceu Santo Tomás, dessa forma, que os homens, para organizarem a sociedade política, carecem de um poder. Como, porém, todo poder a Deus pertence, fez o filósofo o poder derivar do Criador em abstrato, para entrega-lo aos homens em concreto.

Santo Tomás concebeu a titularidade do poder no povo, distinguindo, assim, o poder espiritual do poder temporal. (SANTOS, 1980, p. 28)

2.3.2.2 A teoria de Grócio

Hugo Grócio³³ é tido como o fundador da Escola do Direito Natural e das Gentes, quando da publicação, em 1625, de sua obra intitulada *De Jure Belli ac Pacis*³⁴, em meio à Reforma Protestante e ao Renascimento, período já considerado como o do Estado Moderno.

Diverge da teoria tomista, principalmente, no fato de propugnar o Direito como sendo uma ciência dotada de autonomia e desvinculada da teologia. E, quanto ao Estado e seu pensamento político, trata estritamente como questões do plano temporal.

Destarte, assevera Grócio que o princípio da justiça, que reside no Direito Natural, preexistente ao Estado, é o fundamento de toda ação humana e, portanto, do próprio Estado e do Direito Positivo criado pelo Estado. Ademais, o princípio da justiça é imanente ao homem, independente de qualquer vontade divina. O homem, como ser racional, percebe e compreende o Direito Natural, que decorre de sua própria natureza humana e, não, do plano divinatório.

Grócio, ao desenvolver as idéias e princípios básicos à efetiva afirmação do Direito Natural como ciência autônoma, concebeu o princípio da Justiça, como fundamento eterno do Direito, a ponto de sustentar que o sentimento do justo já existiria no homem mesmo independentemente da vontade divina.(...)

Grócio estriba o Direito Natural na razão do homem e na sua inclinação social, negando sua Escola ao Direito qualquer fundamento que não fosse de ordem

³³ Citado por Santos (1980).

³⁴ Santos (1980, p.28).

temporal. Nesse sentido, afirmou: 'O Direito Natural é aquilo que a reta razão demonstra ser conforme à natureza sociável do homem. (SANTOS, 1980, p. 29)

Vê-se, ademais, que Grócio retoma o pensamento aristotélico, o que pode ser apontado como identidade com o pensamento tomista, quando atribui ser da natureza humana o querer viver em comunidade. Também quanto à função do Estado, qual seja, a de garantir a todos uma vida boa.

Sua idéia de justiça encontrava-se na concepção de um Estado que pudesse garantir os direitos fundamentais do homem, que seriam preexistentes e imanentes à natureza humana. Asseverava que não bastava ao homem apenas viver, mas viver bem, o que somente uma ordem social justa poderia implementar. E, como acima visto, a justiça é um princípio do Direito Natural.

Quanto ao Poder Constituinte, diverge Grócio do pensamento tomista quanto à origem do poder que, para Santo Tomás, pertencia a Deus sendo apenas seu exercício atribuído aos homens. Para Grócio, ao contrário, o poder é algo oriundo no plano temporal, independentemente do plano divinatório, sendo sua titularidade exclusivamente atribuída ao povo.

Quanto à natureza, o Poder Constituinte será um poder de direito, vez tratar-se de uma teoria jusnaturalista.

2.3.2.3 Principais características da doutrina jusnaturalista

Ressaltados os pontos principais do pensamento tomista e de Grócio, interessa apontar, mesmo que sucintamente, as principais características da

escola jusnaturalista, compartilhadas desde os autores acima vistos até os jusnaturalistas da atualidade³⁵.

Nesse sentido, o jusnaturalismo reconhece a existência do Direito Positivo, mas sustenta que este encontra fundamento no Direito Natural, apenas podendo subsistir quando coadunar com os princípios do Direito Natural.

O Direito Natural é preexistente ao Estado e, portanto, ao Direito Positivo. Assim, o Direito Positivo apenas será concretizado e alcançará legitimidade quando se encontrar de acordo com o Direito Natural.

E os princípios fundamentais do Direito Natural são a liberdade, a natureza social do homem e, via de consequência, o direito dos homens de se auto-organizarem politicamente implementando o Estado e a sociedade em que vivem.

Daí ser atribuída natureza jurídica ao Poder Constituinte, bem como conferir ao povo, ou à nação, isto é, aos homens, a sua titularidade.

A Escola Tomista sublinhou que todo poder vem de Deus em abstrato, mas concebeu em concreto a titularidade do poder no povo.

O poder, assim, para Santo Tomás, vem de Deus, porém seu uso e modo dependem do povo.

As demais correntes jusnaturalistas, de forma idêntica, reconheceram o povo como o titular do poder de auto-organização, conferindo-lhe a condição de sujeito do Poder Constituinte. (SANTOS, 1980, p. 32)

Quanto às características do Poder Constituinte, o jusnaturalismo o concebe como sendo um poder inicial, incondicionado, ilimitado formalmente³⁶,

³⁵ O pensamento jusnaturalista foi largamente retomado em meados do século vinte, podendo-se apontar como seu adepto, no Brasil, Ferreira Filho (2003).

³⁶ Ferreira Filho (2003) propõe interessante distinção entre a corrente juspositivista e a jusnaturalista, asseverando que, para aquela, o Poder Constituinte Originário seria *soberano* (de forma e de fundo) e, para esta, *autônomo*, vez que seria limitado materialmente pelos princípios do Direito Natural, mas livre de qualquer forma jurídico-positiva de atuação. Veja: "Todas estas correntes estão de acordo em reconhecer que ele é *ilimitado* em face do Direito

mas, limitado materialmente³⁷. E o limite está na observância aos princípios do Direito Natural quando do exercício do Poder Constituinte, vez que o direito dos homens de se auto-organizarem é um direito natural, assente, especialmente, no exercício da liberdade.

O Poder Constituinte, poder estabelecedor da Constituição e da organização político-jurídica do Estado, para o jusnaturalismo, caracteriza-se por ser um poder inicial e incondicionado, porém limitado.

Esse poder, portanto, encontra-se limitado, em sua obra, a respeitar os princípios do Direito Natural, e, mui em especial, o princípio da liberdade.

Situando-o dentro de tal contexto, pode-se dizer que o Poder Constituinte, para o jusnaturalismo, não se trata de um poder de fato, caracterizando-se, realmente, como poder jurídico, decorrente de uma ordem jurídica natural. (SANTOS, 1980. p. 32)

2.3.3 A teoria positivista de Kelsen

Como visto no título precedente, Hugo Grócio já reconhecia a existência de um Direito Positivo, além do Direito Natural. O Direito Positivo seria aquele criado pelo Estado, conforme os ditames do Direito Natural, isto é, aquele encontrava fundamento nos princípios deste.

A doutrina positivista, por sua vez, também invoca autonomia para a ciência jurídica, para o Direito, mas nega a existência de um Direito Natural, preexistente e anterior ao Estado. Para o positivismo jurídico, questões pré-

positivo (no caso a Constituição vigente até sua manifestação). A este caráter os positivistas designam soberano, dentro da concepção de que, não sendo limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte não sofre qualquer limitação de direito, visto que para essa escola o Direito somente é Direito quando positivo. Os adeptos do jusnaturalismo o chamam de *autônomo*, para sublinhar que, não limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte deve sujeitar-se ao Direito natural" (FERREIRA FILHO, 2003, p. 27).

³⁷ Quanto à doutrina juspositivista, como será visto em momento próprio, o Poder Constituinte será ilimitado, vez que não se subordina a nenhuma ordem jurídica anterior, sendo, assim, tido como um poder de fato e, não, de direito. As visões moderna e contemporânea apontam ser o Poder Constituinte limitado, mas de forma diversa ao posicionamento jusnaturalista. Destarte, a visão moderna aponta os direitos fundamentais, encontrados em um dado momento histórico e uma dada cultura, como limites à atuação do Poder Constituinte. Já a visão contemporânea constata que o discurso é o único limite ao seu exercício. Estes pontos serão explicitados em capítulos próprios, adiante.

estatais, ou metajurídicas, políticas, históricas, sociológicas, ou seja, tudo quanto não for matéria de direito positivo, criado pelo Estado, não integra a ciência do Direito, devendo ser tratada fora do Direito³⁸.

Assim se posiciona Hans Kelsen³⁹, autor da célebre Teoria Pura do Direito, que distingue rigorosamente o plano do “dever-ser”, onde se encontram as normas jurídicas, e o do “ser”, que integra o mundo dos fatos.

Destarte, por entender que o Direito é aquele criado pelo Estado, a doutrina positivista concebe o Poder Constituinte, que é anterior ao Estado e, portanto, ao próprio Direito, como sendo um fenômeno político, ou seja, o Poder Constituinte não é um poder de direito, mas um poder de fato. Assim, também a Constituição é compreendida como um fato político, vez que esta é obra do Poder Constituinte e, não do Estado.

Nesse sentido, Kelsen concebe o ordenamento jurídico como um sistema gradual e hierárquico de normas, cuja validade se encontra na obediência à forma prescrita para a criação da norma. A Constituição, por sua vez, não é tida como norma jurídica, mas como fato social ou político e, assim, não encontrará validade no procedimento de sua criação.

Para tanto, Kelsen afirma a existência de uma “norma fundamental”, hipoteticamente concebida, que seria o ápice da pirâmide representativa do ordenamento jurídico. A norma fundamental é, destarte, o ponto de partida de todo o ordenamento jurídico e que lhe confere unidade e validade. É a norma de maior grau hierárquico.

³⁸ “A Teoria Pura do Direito formulada por Hans Kelsen difere frontalmente do decisionismo schmitiano, porquanto identifica norma e direito e vê um abismo intransponível entre o direito e a realidade, o “dever-ser” e o “ser”. Para Kelsen, é impossível derivar a norma jurídica da realidade; logo, não se pode justificar a validade da Constituição por meio de um ser político, qual seja, o poder constituinte de decisão sobre a unidade política do Estado. Na ciência jurídica, a questão se apresenta sob o aspecto da hierarquia das normas” (BASTOS, 2002, p. 38).

³⁹ Citado por Santos (1980).

E é justamente o primado da norma fundamental que confere validade à Constituição, vez que o teor de dita norma é que devemos nos conduzir conforme a Constituição.

A validade do ordenamento jurídico se dá, portanto, diante da pressuposição da existência de uma norma fundamental⁴⁰, hierarquicamente superior, que prescreve obediência aos ditames contidos na Constituição⁴¹.

Kelsen assim se expressou sobre a norma fundamental: 'Regra fundamental de acordo com a qual são produzidas as normas da ordem jurídica, a instauração da situação do fato fundamental à produção jurídica. É o ponto de partida de um processo: possui caráter dinâmico-formal' (*Teoria Pura do Direito*, 1974, 3ª ed., pg. 278).

Dita norma fundamental, que se constitui, portanto, no ponto de partida de um processo, representa para a teoria de Kelsen um fundamento hipotético que, no dizer do professor de Viena, é "o pressuposto necessário de toda a concepção positiva do material jurídico".

A norma fundamental é, assim, a condição da implantação do ordenamento jurídico, não sendo dita norma instituída, mas, sim, dada, como assevera Kelsen no tópico que a seguir se reproduz: 'A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição' (ob. cit., pg. 279). (SANTOS, 1980, p. 35)

Diante do exposto, verifica-se que, de sorte que para o positivismo jurídico apenas possui relevo o direito posto pelo Estado, tudo quanto lhe for

⁴⁰ Desde já se aponta uma crítica à concepção da norma fundamental hipotética de Kelsen, vez que a norma fundamental, na prática, concebida como algo dado, preexistente ao Estado e ao Direito Positivo, posto, e que lhe confere validade e legitimidade, aproxima por demais a visão positivista Kelseniana da postura jusnaturalista de Hugo Grócio. Ora, mesmo que com premissas e conclusões diferentes, as citadas teorias se aproximam quando buscam um fundamento preexistente e anterior ao Estado para o Direito Positivo. A diferença está em que, para Grócio, esse fundamento era encontrado nos princípios do Direito Natural e, para Kelsen, que nega a existência de um direito que não seja positivo, tal fundamento seria uma "norma hipotética", pressuposta. Mas deve-se asseverar que o próprio Kelsen não aponta a origem de tal norma hipotética, apenas a pressupõe.

⁴¹ "As leis ordinárias têm fundamento na Constituição e esta, por sua vez, se apóia na norma básica ou fundamental, que não é uma norma legal positiva (posta), mas uma norma pressuposta. A indagação poderá prosseguir com a pergunta sobre o porquê se deve obedecer à primeira Constituição como norma coativa. Mas aí, então, se penetra em terreno metajurídico. A ciência positiva do direito tem a tarefa de interpretar o material empírico que se apresenta como direito. Para isso necessita pressupor uma norma básica, porque sem ela nenhum ato humano poderá ser interpretado como um ato legal, especialmente como um ato criador de norma. Trata-se de uma necessidade lógica" (BASTOS, 2002, p. 38).

anterior não será alvo de estudo da ciência jurídica, por não se tratar de direito, mas de simples fato.

Assim se dá com o Poder Constituinte, tido como um poder de fato, social, político, ou seja, metajurídico, que, em sendo assim, não possui relevância para a ciência do Direito, devendo ser alvo de preocupação para as ciências sociais e políticas.

Da mesma forma, não importa, para o Direito, definir ou conceituar as características, titularidade ou formas de exercício do Poder Constituinte, seja originário, seja de reforma. Apenas serão objetos de verificação, pelo Direito, os poderes instituídos, criados pelo Estado e regulados pelo ordenamento jurídico positivo.

Descabe qualquer indagação a respeito de um poder constituinte, nos lindes da ciência positiva do direito, pois se trata, como vimos, de um conceito metajurídico. Fazendo referência ao poder constituinte derivado, ou poder de revisão, Kelsen afirma que ele não é um 'poder' qualitativamente específico; não pode ser derivado da essência do direito ou da Constituição; e nem tampouco é uma verdade teórica. O único sentido atribuível ao poder de revisão consiste em opor dificuldades à modificação de normas constitucionais. A reforma é, muitas vezes, realizada por uma Assembléia Constituinte especialmente eleita, ou diretamente pelo povo (por meio de um plebiscito). A justificação de que só ao povo compete a reforma da Constituição, porque ele constitui a fonte única de todo direito, é puro direito natural, segundo Kelsen. (BASTOS, 2002, p. 38-39)

2.3.4 A teoria de Carl Schmitt

Trata-se da Teoria Decisionista do Direito⁴², engendrada na conhecida obra de Schmitt (1927), intitulada "Teoria da Constituição", onde o autor lançou

⁴² "Carl Schmitt, eminente constitucionalista alemão da segunda década deste século, adquiriu extraordinária nomeada no mundo jurídico com a edição de sua consagrada monografia *Teoria da Constituição*, surgida em 1928, na qual engendrou a denominada 'Teoria Decisionista do Direito'" (SANTOS, 1980, p. 37).

seu pensamento acerca do fenômeno constitucional, bem como sobre o Poder Constituinte.

Para Schmitt (1927), a Constituição é o resultado de uma decisão política fundamental e, sendo assim, o Poder Constituinte possui natureza política⁴³. O fenômeno político que se dá no organismo social precede o jurídico e lhe é superior. Sendo assim, a ordem jurídica é fruto da conformação política do Estado, devendo refletir a ordem política vigente.

Sendo o Poder Constituinte uma vontade política, o seu resultado, a constituição, encontrará sua validade e legitimidade na conformação com a decisão política que lhe precedeu e lhe conferiu existência e fundamento. Nesse sentido, Schmitt se afasta do jusnaturalismo, segundo o qual a constituição seria fundada e validada pela consonância com os princípios do Direito Natural, senão veja-se:

Poder Constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre o modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como tales, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base.

Una Constitución no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio *Ser*. La palabra 'voluntad' denuncia – en contraste con toda dependencia respecto de una justicia normativa abstracta –

⁴³ Ao discorrer sobre a teoria decisionista de Schmitt (1927), Celso Ribeiro Bastos assevera que o Poder Constituinte, no âmbito dessa teoria, possui natureza jurídica, atestando que, para Schmitt, não haveria separação entre o jurídico e o político. Veja: “O poder constituinte é um poder jurídico, uma vez que não há separação entre o jurídico e o político; mas não depende de ninguém e de nenhuma regulamentação prévia” (BASTOS, 2002, p. 37). Salvo melhor juízo, não parece acertada essa constatação, vez que o próprio Schmitt distingue o político do jurídico, ademais, atribuindo precedência ao fenômeno político sobre o jurídico. Assim é que Schmitt (1927, p. 86) afirma que o “*poder constituyente es la voluntad política*”. Nesse sentido, também, Santos (1980) que assim se manifesta: “Schmitt, para não deixar dúvida quanto a isso, categoricamente afirmou tratar-se o Poder Constituinte de um SER político, que se caracteriza por ser inicial, autônomo e incondicionado, em sua obra de criar a Constituição organizadora do Estado e do Ordenamento jurídico. (...) Assim, com respaldo na próprias palavras do teorizador, é de afirmar-se que para o Decisionismo o Poder Constituinte é um poder de natureza política e não jurídica”. (SANTOS, 1980, p. 42)

lo esencialmente *existencial* de este fundamento de validez. (SCHIMITT, 1927, p. 86-87)

Quanto às características, o Poder Constituinte é unitário e indivisível, não se confundindo com os poderes constituídos. Ao contrário, é o poder que fundamenta os demais poderes, bem como a sua separação⁴⁴.

Ademais, o Poder Constituinte é um poder permanente, não se exaurindo com a elaboração do texto constitucional. Isso vez que, para Schmitt (1927), não há a separação entre Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte de Reforma. Desta feita, o Poder Constituinte permanece, como vontade política, mesmo após a elaboração da constituição. Toda e qualquer modificação que se pretenda fazer na Constituição⁴⁵, portanto, somente poderia se dar pelo próprio Poder Constituinte.

Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder constituyente. (...) Todo auténtico conflicto constitucional que afecte a las bases mismas de la decisión política de conjunto, puede ser decidido, tan sólo, mediante la voluntad del Poder constituyente mismo. También las lagunas de la Constitución – a diferencia de las oscuridades y discrepancias de opinión de las leyes constitucionales en particular – pueden llenarse, tan sólo, mediante un acto del Poder constituyente; todo caso imprevisto, cuya decisión afecte a la decisión política fundamental, es decidido por él. (SCHIMITT, 1927, p. 88)

⁴⁴ “El Poder constituyente es unitário e indivisible. No es un poder más, coordinado con otros distintos ‘poderes’ (Legislativo, Ejecutivo y Judicial, comp. § 14). Es la base que abarca todos os otros ‘poderes’ y ‘divisiones de poderes” (SCHIMITT, 1927, p. 88).

⁴⁵ Schmitt (1927) estabelece uma distinção conceitual para o termo constituição, apontando o que designa como “constituição em sentido positivo”, que será especificamente a constituição fruto do Poder Constituinte, ou seja, a decisão política fundamental. Num outro sentido, o autor utiliza a expressão “leis constitucionais”, apontando o texto formal da constituição que extrapola o núcleo da decisão política fundamental. A constituição em sentido positivo não pode ser reformada, somente podendo ser substituída por outra, pelo exercício do Poder Constituinte. Já a parte formal da constituição poder sofrer alteração conforme estabelecido no seu próprio texto, isto é, pelo próprio Poder Constituinte. De qualquer forma, percebe-se que Schmitt não difere Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte de Reforma. Cf. Schmitt (1927, p. 13-38).

Acerca do exercício do Poder Constituinte, Schmitt o condiciona à situação fática específica no momento do seu exercício, podendo ser exercido pelo povo, ou por um monarca absoluto, ou mesmo por um grupo que detenha o poder, desde que um destes sujeitos esteja efetivamente em condições de exercer a vontade política.⁴⁶

Nada obstante, aponta Schmitt (1927) que apenas o povo pode ser o verdadeiro titular do Poder Constituinte, entendido como sendo uma totalidade homogênea, formando uma comunidade política coesa, vinculada à nação.

Dessa forma, apenas pode ser titular do Poder Constituinte o povo que seja politicamente organizado, como uma Nação, compartilhando da mesma história, dos mesmos costumes, de uma vontade política comum.⁴⁷ Não sendo assim, o povo não passaria de uma mera associação de homens por motivos de etnia ou cultura, mas sem vinculação política.

⁴⁶ "A Constituição, assim, surge mediante um ato constituinte, fruto de uma vontade de produzir uma decisão eficaz sobre modo e forma de existência política de um Estado. Esta vontade é a do titular ou sujeito do poder constituinte. Na concepção medieval, o titular era Deus, uma vez que 'todo poder (ou autoridade) vem de Deus'. A secularização do conceito de poder constituinte só apareceu depois, com a Declaração americana de Independência e, mais claramente, com a Revolução Francesa. (...) Quando, em 17.06.1789, os Estados Gerais convocados pelo rei se constituíram em Assembléia Nacional Constituinte, 'um povo tomava em suas mãos, com plena consciência, seu próprio destino, e adotava uma livre decisão sobre o modo e forma de sua existência política'. Significou o começo de uma nova doutrina: a nação (conceito mais expressivo do que o de 'povo' e que conduz menos a erros) era o sujeito do poder constituinte. (...) Titular também do poder constituinte pode ser uma minoria, quando o estado terá então a forma de aristocracia ou oligarquia. (...) Assim, o decisionismo de Carl Schmitt, sempre exaltando o poder de decisão da vontade política, serviu para justificar mais tarde o totalitarismo nazista, atribuindo ao Führer a titularidade do poder constituinte" (BASTOS, 2002, p. 37-38).

⁴⁷ "El pueblo, la Nación, sigue siendo el basamento de todo el acontecer político, la fuente de toda la fuerza, que se manifiesta en formas siempre nuevas, que siempre saca de sí nuevas formas y organizaciones, no subordinando nunca, sin embargo, su existencia política a una formulación definitiva" (SCHMITT, 1927, p. 91).

2.3.5 A teoria de Maurice Hauriou⁴⁸

Hauriou⁴⁹, em meados do século XX, escreve sua obra intitulada *Princípios de Direito Público e Constitucional* em que aponta sua perspectiva acerca do Direito, dividindo-o em duas formas, cada uma dotada de autonomia sendo, assim, intituladas: "Direito Revolucionário" e "Direito do Estado".⁵⁰

Quanto ao Direito Revolucionário, também tratado por "liberdade primitiva", sustenta Hauriou ser um Direito permanente, dotado de princípios fundamentais e inafastáveis, existentes em estado de latência, independentemente da conformação estatal.

Assim, cada sociedade histórica, ao se organizar formando seu Estado, atentaria aos princípios fundamentais da liberdade primitiva. O ente, por sua vez, capaz de absorver os ditos princípios fundamentais, exercendo-os para a conformação de sua organização estatal, seria a Nação.

O Direito do Estado, por sua vez, seria o direito posto pela ordem estatal, o Direito Positivo, cuja validade e legitimidade repousam na conformidade e respeito aos princípios fundamentais encontrados no Direito Revolucionário. É justamente o direito de liberdade primitiva que fundamenta e informa o Direito Positivo.

Já o Direito do Estado, que para ele deve se fundar no direito de liberdade primitiva, tem o sentido do direito posto pelo Estado, ou seja, de Direito Positivo.

⁴⁸ A teoria de Hauriou é conhecida como Teoria Fundacional, vez que o autor concebe a ação do Poder Constituinte como uma operação de fundação. Veja: "A operação constituinte, dessa forma, 'é uma operação de fundação com uma forma legislativa especial', como assevera Hauriou. É, portanto, nessa operação, que se encontra o poder criador da Constituição, ou seja, o Poder Constituinte. Este, por sua vez, instaura um processo de fundação" (SANTOS, 1980, pg. 48).

⁴⁹ Citado por Santos (1980, p. 45-50).

⁵⁰ Santos (1980, p. 45).

Nesse sentido, asseverou: 'O Direito do Estado, que é a forma consolidada do Direito, a única e legítima conforme a ordem...' (*Principios de Derecho Público y Constitucional*, 1927, pg. 322). (SANTOS, 1980, p. 46)

Desde já se percebe que a teoria de Hauriou resgata a tese jusnaturalista, mormente na vertente de Grócio, que, como visto anteriormente, asseverava que o Direito Positivo encontrava sua validade e legitimidade quando conforme aos princípios do Direito Natural. E é sob essa ótica que Hauriou irá conceber sua tese acerca do Poder Constituinte.

Destarte, sustenta o autor que, sendo o Direito Revolucionário um direito permanente, anterior e acima do Direito Positivo, cujos princípios repousam e se realizam na Nação, ele encerra uma *superlegalidade constitucional*. Ou seja, a liberdade primitiva, assentada na Nação, compreende os princípios fundamentais que devem ser incorporados, positivados, na Constituição.

Tais princípios, assim, que compreendem a superlegalidade constitucional, estão acima da própria Constituição, sendo-lhe, ademais, anteriores. É por meio do Poder Constituinte que se estabelece e organiza o Estado, criando-se a Constituição que trará, no seu bojo, aqueles princípios.

Para o constitucionalista francês esse pressuposto compreende todos os princípios fundamentais da Nação e que regem a sociedade política. Esses princípios, assim, necessariamente se encontram incorporados à Constituição. Distinguindo essa *superlegalidade constitucional* com a dimensão assinalada, Hauriou situa-a em posição de superioridade ante a própria Constituição, como, aliás, se observa da passagem seguinte: 'Estes princípios integram uma espécie de legitimidade constitucional colocada acima da Constituição escrita'(...)

O Poder Constituinte, dessa forma, caracteriza-se para o fundacionalismo como poder revolucionário, no sentido de que lhe é inerente a idéia de um direito da liberdade primitiva, e que adquire concreção através de uma operação constituinte. (SANTOS, 1980, p. 48)

Quanto à titularidade e natureza do Poder Constituinte, mais uma vez verifica-se a retomada do jusnaturalismo procedida por Hauriou, quando este assevera que a liberdade primitiva encontra-se latente na Nação.

Dessa forma, a Nação será a titular do Poder Constituinte que, por sua vez, será um poder de direito, remanescente no Direito Revolucionário. Nesse ponto verifica-se, ademais, que a Teoria Fundacional de Hauriou se aproxima da tese de Sieyès (2001), que também elegeu a Nação como titular do Poder Constituinte.

Em seu magistério, Hauriou dissertou: 'É certo que a Nação e o Estado são dois aspectos de um só e mesmo grupo, mas há uma diferença: a nação é o grupo considerado como matéria social, enquanto o Estado é este mesmo grupo revestido de determinada forma política' (...)

Contemplada a Nação, vale dizer, o conjunto dos cidadãos politizados, com tais atributos, o fundacionalismo nela reconheceu a titularidade do Poder Constituinte.

Categoricamente, Hauriou afirmou: 'Dizer que o Poder Constituinte está mais perto da nação que do Estado significa que o Estado se constitui em virtude de iniciativas que partem da nação; que são os poderes individuais da liberdade primitiva os que, para realizar a idéia do Estado, engendram a forma estatal'. (SANTOS, 1980, p. 50)

Hauriou nega que o Poder Constituinte seja um fato social, exatamente porque o concebe como um ato fundacional assente no Direito Revolucionário, que é anterior ao Estado e ao ordenamento jurídico.

A Nação, ser social de caráter permanente, para o fundacionalismo, é a titular do direito revolucionário ou da liberdade primitiva. (...)

O Poder Constituinte, desse modo, como poder fundador da Constituição, e, assim, da organização político-jurídica do Estado, é um poder de direito, do direito revolucionário ou da liberdade primitiva, que reside na Nação.

Essa colocação, aliás, encontra absoluto respaldo nas palavras de Hauriou, na passagem que a seguir se reproduz: 'Que a operação constituinte suponha, desde logo, o rompimento da continuidade do direito do Estado e a participação de um poder majoritário com relação ao poder normal do Estado, não significa que se realize sem direito, como um puro fato histórico; significa que apela a um direito revolucionário que subsiste em face da legitimidade do direito do Estado (...). (SANTOS, 1980, p. 49)

Em síntese, a Teoria Fundacional sustenta a existência de um Direito Revolucionário, anterior ao Estado, que repousa na Nação, entendida como um ente social detentor da liberdade primitiva, cuja vontade é soberana, e a existência de um Direito Positivo, posto pelo Estado, conforme os princípios fundamentais do Direito Revolucionário.

É por meio do Poder Constituinte que essa operação se realiza, isto é, que a Nação, titular da liberdade primitiva, concretiza o ato fundacional de criação do Estado.

2.3.6 A teoria de Hermann Heller

A doutrina de Heller, conforme citado por Santos (1980, p. 51), encontra-se em sua obra, Teoria do Estado, editada em 1934, em que denota uma teorização sociológica do Direito e do Estado, com base na realidade social.

Dessa forma, Heller contrapõe-se à perspectiva positivista de Kelsen, que enaltece a normatividade positivada pelo Estado e, portanto, não atribui relevância ao estudo do Poder Constituinte, vez que este seria mero fato. Também se afasta da vertente decisionista de Schmitt, para quem a Constituição e o Poder Constituinte, são, respectivamente, a decisão política fundamental e o procedimento político criador da Constituição.

Assim, para Heller, partindo de um entendimento de cunho sociológico para o Direito e o Estado, a realidade social é quem irá determinar a realização e a conformação dos planos do "ser" e do "dever ser", de modo que há uma

conexão interna entre a norma e a realidade social, o sociológico e o jurídico, o poder e o Direito, a eficácia e a validade da norma.⁵¹

Nesse sentido, o homem é tido como um ser social que, integrando a realidade social, torna-se elemento indispensável à criação do Estado e do Direito. Sendo assim, o homem não pode existir isoladamente, dissociado da realização social. Em outras palavras, aproximando-se da noção aristotélica comunitária, o homem será o cidadão integrado na realidade social.

De momento, cabe observar que Heller identifica o homem como um componente integrante da realidade social, e que, assim, participa da formação do Estado e do Direito, por sua condição de ser social.

É oportuno, assim, recorrer-se mais uma vez ao Prof. Niemeyer (...). Expressivamente o intérprete de Heller assegurou: 'O pensamento fundamental da sociologia de Heller, revolucionário na sua aplicação, mas imprescindível para a compreensão de sua teoria, é que não há uma existência individual isolada, separada da conexão social e essencialmente autônoma perante ela' (...). (SANTOS, 1980, p. 52-53)

A partir de sua visão sociológica do Estado e do Direito, Heller define a Constituição como sendo o texto que organiza o Estado e estabelece o Direito, bem como assevera que esta Constituição possui duas vertentes, a saber: (i) constituição não-normativa, identificada na realidade social, no plano do "ser", cujo estudo dá-se pela Sociologia; (ii) constituição normativa, cunhada no texto constitucional, pertencente ao plano do "dever ser", sendo seu estudo de interesse da dogmática jurídica.

A Constituição normativa, por sua vez, desdobra-se em duas outras vertentes, quais sejam: (i) constituição normada extrajuridicamente, decorrente de um Direito Suprapositivo que encerra princípios éticos do Direito, existentes independentemente da conformação estatal, antes e/ou após a criação do Estado. Tais princípios éticos do Direito identificam-se com a conexão interna

⁵¹ Santos (1980, p. 52)

entre a realidade social e a norma, o sociológico e o jurídico. (ii) Constituição normada juridicamente, que será o texto constitucional estabelecido pelo Direito, conforme ao Direito Suprapositivo e de acordo com a realidade social.

Destarte, Heller denomina de Constituição política total, o conjunto composto pela Constituição não-normativa e a Constituição normativa. Vale dizer, a Constituição é o resultado da integração dialética do "ser" e do "dever ser" que, conjuntamente, conformam a realidade social e a normatividade jurídica, na configuração do Estado.

A Constituição política total, assim, para Heller, é o resultado dialético-integral de princípios do mundo do *ser* e do *dever ser*, que se entrelaçam e se conjugam para organizar a sociedade estatal, em consonância com a realidade social.

Heller, nesse sentido, escreveu: "A Constituição do Estado não é processo senão produto; não atividade, senão forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida e forma nascida da vida" (...). (SANTOS, 1980, p. 54)

Nessa esteira, a Constituição política total, ou seja, a Constituição do Estado, será o produto do exercício do Poder Constituinte, entendido, por sua vez, como sendo a vontade política soberana apta a conformar a organização estatal.

Dessa sorte, o Poder Constituinte, tido como um poder soberano, diante da existência de um Direito Suprapositivo que contém os princípios éticos do Direito, bem como da sua conexão necessária com a realidade social, será um poder de natureza sócio-jurídica, ou seja, que possui natureza, ao mesmo tempo, sociológica, de poder de fato e jurídica, de poder de direito. O Poder Constituinte, portanto, encontra-se assente do Direito Suprapositivo que, por sua vez, é composto pelos princípios éticos do direito carregados pela realidade social.

Ademais, Heller afirma que os princípios éticos do Direito que configuram o Direito Suprapositivo, não se confundem com o Direito Positivo, por não ser obra do Estado, mas fruto de uma vontade jurídica que remanesce na realidade social.

Por outro lado, não se identificaria, tampouco, com o Direito Natural, porque faltaria ao Direito Suprapositivo a característica de possuir normas *a priori*, autônomas e independentes da realidade social e da conduta humana em determinado contexto e tempo histórico.

Em outras palavras, o Direito Suprapositivo encontra-se vinculado a uma determinada realidade social historicamente situada, conformando uma vontade jurídica de dada sociedade. Já o Direito Natural, ao contrário, seria um Direito atemporal, existente independentemente da vontade humana.

Sublinhando que aqueles princípios jurídicos não promanam do Direito Positivo, enfatiza o citado intérprete do pensamento helleriano que não se trata igualmente de princípios de Direito Natural. Niemeyer escreveu: 'Está claro que não se deve confundir esta vinculação normativa da vontade de decisão com uma reedição das concepções jusnaturalistas. O que constitui justamente a essência do Direito Natural falta na noção helleriana dos princípios jurídicos, a saber, a validade de normas 'a priori', com independência da conduta humana no tempo e no espaço' (...)

O Poder Constituinte, assim, para a teoria de Heller, é um poder soberano, dotado de uma vontade sócio-jurídica, vontade essa que se caracteriza por conjugar e expressar forças do mundo do ser e do dever ser. (SANTOS, 1980, p. 55-56)

Pode-se dizer, nesse sentido, que, na doutrina helleriana, fato social e Direito se fundem, de sorte que o Poder Constituinte possui natureza híbrida, tanto de poder de fato, quanto de poder de direito.

Nesse sentido, Vanossi, citado por Santos (1980), se manifesta nesse:

É que para Heller os dois mundos (do *ser* e do *dever ser*) nunca aparecem isolados no fenômeno do Estado, sempre estão entrelaçados de tal maneira que a realidade não seja para o direito uma realidade fria, mas uma realidade

com sentido, associada a um valor, impregnada de um valor. (SANTOS, 1980, p. 56)

Nessa esteira, o Poder Constituinte será um poder de caráter inicial e soberano, porém, limitado pelos princípios éticos do Direito trazidos no bojo do Direito Suprapositivo, vale dizer, a realidade social e a vontade jurídica que sobrepára a sociedade.

Já quanto à titularidade do Poder Constituinte, Heller a atribui a três entidades, sendo elas, o povo, o príncipe ou uma autoridade revolucionária.

Tanto o povo quanto o príncipe serão titulares do Poder Constituinte quando da existência de uma norma que assim lhes autorize⁵², bem como quando, faticamente, esses se encontrarem em reais condições de exercerem tal poder, conforme a realidade social. Vê-se, aqui, mais uma vez, a conexão interna necessária entre o ser (realidade social) e o dever ser (norma jurídica).

Para a Teoria Dialético-Integral o titular do Poder criador da Constituição política pode ser o príncipe, o povo, ou ainda uma autoridade revolucionária. Essa afirmação de Heller surge dispersa em dois momentos em sua obra. Na primeira passagem tece ele considerações sobre o príncipe e o povo, como segue: 'Só cabe considerar-se como sujeito do Poder Constituinte o príncipe ou o povo, se adquiriram essa condição em virtude de uma norma'. (SANTOS, 1980, p. 57)

Depreende-se que o príncipe será o detentor do poder político, ou seja, o governante que, em virtude de autorização normativa, torna-se titular do Poder Constituinte.

⁵² Heller não especifica qual seria a norma que atribuiria a titularidade do Poder Constituinte ao povo ou ao príncipe. Nada obstante, tal norma deverá ser, em nosso entendimento, de Direito Positivo e em conformidade com a Constituição vigente, uma vez que nessa hipótese, Heller refere-se a uma "continuidade" a ser atribuída aos princípios éticos, do direito, existentes no Direito Suprapositivo que é alimentado pela realidade social e pelos valores ali preponderantes. Ademais, ao que parece, essa hipótese pode ser atribuída, mesmo que Heller assim não o tenha explicitado, tanto ao Poder Constituinte Originário, com a criação de uma nova constituição, quanto para o Poder Constituinte de Reforma, com uma alteração no texto constitucional vigente.

Com respeito ao povo, Heller atesta que esse não se confunde com uma massa humana existente em um Estado, tão somente compartilhando vínculos culturais. O povo titular do Poder Constituinte, que também dependerá da autorização normativa para tanto, será apenas o grupo de pessoas dotadas de vontade política e capacidade de compreensão dos fins sociais do Estado e conscientes de uma realidade social.⁵³

Vale dizer, o povo será o conjunto dos cidadãos politicamente ativos, integrados numa comunidade específica.⁵⁴

Por fim, a autoridade revolucionária será algum grupo, seja político, seja militar, Heller não o especifica, que alcança validade em suas ações por refletir a realidade social no sentido de uma quebra de continuidade com a ordem vigente, jurídica e social.

Em outro tópico, não obstante tenha o teorizador restringido àqueles (povo e príncipe) a titularidade, observa-se que ele reconheceu ser a autoridade revolucionária também titular do Poder Constituinte. É, com efeito, o que se infere do pensamento seguinte de Heller: 'Há também autoridades revolucionárias cuja 'validez social' se apóia inteiramente na quebra da continuidade'(...). (SANTOS, 1980, p. 57)

2.3.7 A teoria de Carré de Malberg

Malberg, conforme nos informa Santos (1980, p. 59), é autor da obra intitulada *Contribución à la Théorie Générale de L'État*, publicada em meados do século XX, na qual dedicou o tomo II ao Poder Constituinte.

⁵³ Santos (1980, p. 58).

⁵⁴ "Esclarece Heller que o povo cultural em si é politicamente amorfo, transformando-se em nação quando a consciência de pertencer ao conjunto metamorfoseia-se em uma conexão da vontade política, ressaltando que para se constituir a nação não basta o sentimento de comunidade meramente étnica." (SOARES, 2004, p. 164).

Aproximando-se de Sieyès (2001), Malberg assevera que a soberania, que determinará a natureza e a titularidade do Poder Constituinte, encontra-se fora do Estado e, até mesmo, antes de sua configuração. Mas, enquanto Sieyès (2001) atribui a soberania à Nação, Malberg a empresta ao povo, que a deteria em caráter permanente.⁵⁵

A soberania que reside no povo, por sua vez, traduz-se na vontade dos indivíduos de se auto-organizarem, conformando o Estado. Essa vontade é manifestada pelo exercício de um poder, assente na soberania popular, que se encontra antes e fora do Estado, que será capaz de criar a Constituição e, portanto, de organizar o Estado. Tal poder é o Poder Constituinte.

Sendo o exercício desse poder decorrente da soberania popular e, mais, a operacionalização da vontade popular de criar a Constituição, se auto-organizando, a titularidade do Poder Constituinte é atribuída ao povo soberano.

Ademais, por ser o Poder Constituinte aquele por meio do qual se cria a Constituição, este é anterior ao Estado e, por conseguinte, anterior ao Direito. Disso decorre que, a uma, o Poder Constituinte possui natureza de poder de fato⁵⁶, dada a filiação de Malberg à corrente juspositivista. E, a duas, a

⁵⁵ "Tal posição do teorizador aparece expressa nos termos seguintes: 'Depois de Sieyès a soberania popular consiste essencialmente no poder constituinte do povo. Pela Constituição, o povo delega partes de seu poder a diversas autoridades constituídas, mas guarda sempre para si o poder constituinte'" (...) Definindo-se sobre o problema do titular do Poder Constituinte, Carré de Malberg, com a maior eloquência, explicitou: 'Noutros termos, a soberania primária, o Poder Constituinte, reside essencialmente no povo, na totalidade e em cada um de seus membros' (...)'" (SANTOS, p. 60-63).

⁵⁶ "Como se observa, para Malberg, Direito é só aquele posto pelo Estado, ou seja, o Direito Positivo. Nesse sentido, aliás, é expressivo seu conceito de Direito, como se segue: '... é o conjunto de normas impostas aos homens sobre um território determinado por uma autoridade superior, capaz de comandar com poder efetivo de dominação e coação irresistível' (ob. cit., pg. 400). E arrematou, afirmando: 'Ora, precisamente, esta autoridade dominadora não existe senão no Estado; este poder positivo de comando e de coação é propriamente o poder estatal. Desde então ele aparece apenas no direito propriamente dito e não se pode conceber senão no Estado uma vez formado' (...). A afirmação positivista de Malberg, assim, não deixa dúvida de que para ele o Direito nasce com o Estado, não preexistindo, portanto, ao Estado" (SANTOS, 1980, p. 61-62).

distinção entre o Poder Constituinte e os poderes constituídos, sendo estes últimos delimitados no seio da Constituição criada pelo Poder Constituinte.

Sublinhando que a soberania é do povo, aduziu Malberg que a operação de criar a Constituição é obra de uma vontade dos indivíduos, ou, melhor dizendo, de um poder do povo. Esse poder que se situa fora do Estado é para ele o Poder Constituinte. Textualmente afirmou: 'Finalmente juntou-se a esta constatação inevitável que a Constituição primitiva do Estado, aquela que lhe deu nascimento, não pode ser obra de um de seus órgãos, mas que ela procede de uma fonte colocada fora do Estado; e à parte, esta constatação implica que existe na base do Estado uma vontade e um poder outros que não apenas os do Estado propriamente; vontade ou poder que não pode ser senão aquele dos indivíduos; vontade generalizada que aparece como anterior e superior a ele; vontade constituinte, onde a vontade constituída do Estado não é senão produto e uma decorrência; vontade, desde então verdadeira e soberana, pois é ela a vontade primária constituinte' (...). (SANTOS, 1980, p. 61)

O Poder Constituinte, desta forma, será um poder soberano, originário e distinto dos poderes estatais.

2.3.8 A teoria de Georges Burdeau

Também na primeira metade do século XX, Burdeau, citado por Santos (1980, p. 65), publica seu *Traité de Science Politique*, onde desenvolveu suas idéias acerca do Poder Constituinte, atribuindo a este poder as características de ser inicial, autônomo, incondicionado e ilimitado.

Inicial e autônomo, vez que acima, ou anteriormente ao Poder Constituinte, nenhum outro poder subsiste. Em outras palavras, o Poder Constituinte seria capaz de promover uma ruptura integral da ordem anterior, sobrepujando todo e qualquer poder, político ou jurídico que lhe fosse anterior.

Incondicionado, porquanto não se verga a nenhuma regra ou procedimento que lhe seja anterior, mas, ao contrário, atua sem nenhum limite de cunho formal ou factual.⁵⁷

Sendo assim, o Poder Constituinte é diverso dos poderes constituídos, sendo anterior ao Estado e ao Direito e, portanto, à Constituição. De fato, tal poder é aquele capaz de criar a Constituição.

Quanto à natureza, Burdeau desenvolve uma teoria bastante singular, ao teorizar que o Poder Constituinte é um poder de direito, mas, não obstante sua qualidade jurídica, sua natureza não adviria do Direito Natural, tampouco do Direito Positivo.

Não decorreria do Direito Natural, a natureza jurídica do Poder Constituinte, já que Burdeau nega a existência de um Direito Natural, assim como Malberg. Isto é, um direito que existiria independentemente da existência do homem, dado na natureza.

Também não seria um poder de Direito Positivo, pelo fato de que o Poder Constituinte é anterior ao Estado e, portanto, anterior ao próprio Direito Positivo.

Burdeau enfatizou que o Poder Constituinte não é um poder de Direito Positivo, pois, que para essa corrente, constitui verdadeiro dogma que o Estado antecede ao Direito e nunca o Direito ao Estado. A respeito, escreveu: 'Com

⁵⁷ Uma crítica que desde já se pode fazer ao pensamento de Burdeau é no tocante às características, típicas da visão clássica, que ele atribui ao Poder Constituinte, especialmente quando atesta ser este poder autônomo, ou seja, não se submetendo a nada que lhe seja exterior, sendo, assim, ilimitado. Ora, o mesmo Burdeau assevera que o Poder Constituinte, durante o processo constituinte e ao seu cabo, com a criação do novo texto constitucional, incorpora e realiza uma "idéia nova e vitoriosa do Direito", ou seja, uma corrente majoritária no seio da sociedade. Sendo assim, o Poder Constituinte, realizando esta nova idéia de Direito, ver-se-ia, em sua atuação, exatamente limitado por ela. Nessa esteira, também se poderia questionar se o Poder Constituinte seria realmente inicial, uma vez que, para tanto, nenhuma ordem lhe seria anterior. Mas a "idéia de Direito vitoriosa", a que Burdeau alude, seria concomitante ou anterior ao Poder Constituinte? Ora, se o próprio Burdeau afirma que o Poder Constituinte, quando cria a nova Constituição, encampa essa "idéia nova de Direito", efetuando-a, parece forçoso concluir que a mesma é anterior ao Poder Constituinte.

efeito, para que o poder constituinte originário possa ser qualificado de jurídico, é necessário que o direito seja anterior ao Estado, e isto é precisamente o que a doutrina positivista não admite' (...). (SANTOS, 1980, p. 67)

Sendo assim, a qual Direito se refere Burdeau? Esse Direito seria autônomo e diverso do Direito Natural e também do Direito Positivo. Esse Direito seria exatamente a "idéia nova de Direito", vitoriosa/majoritária no âmbito da realidade social, que seria encarnada pelo Poder Constituinte e que, ademais, se imporia por si mesma. Seria um Direito latente na sociedade, cuja idéia, ao se tornar majoritária, encamparia o Poder Constituinte e seria formalizaria.

Burdeau concebeu o Poder Constituinte como força política dominante que encerra uma nova idéia de Direito vitoriosa, de vez que esta suplantou outras idéias do Direito antagônicas. (...)

Sustentando a qualidade jurídica do Poder Constituinte, Burdeau, em breves palavras, asseverou: 'Não é necessário entretanto (*sic*) concluir daquele tríplice caráter que o Poder Constituinte não seja um poder de direito. É errôneo considerar apenas como poder de direito aquele que tem a sua existência e o seu exercício condicionados por um estatuto jurídico anterior. Justamente a natureza do Poder Constituinte é a mais evidente ilustração deste erro, porque parece paradoxal recusar qualidade jurídica a um Poder pelo qual a idéia de direito se faz reconhecer e, em seqüência, se impõe ao conjunto do ordenamento jurídico' (...). (...)

Sublinhando que Burdeau não considera o Poder Constituinte um poder de Direito Positivo, e ressaltando que para ele esse poder encarna uma idéia de direito dominante, que se impõe por si mesma, pode-se afirmar que para o teorizador o Poder Constituinte é um poder de direito autônomo, não filiado ao positivismo ou ao jusnaturalismo. (SANTOS, 1980, p. 67)

Acerca da titularidade do Poder Constituinte, Burdeau prescreve que esta apenas poderá ser atribuída ao detentor da soberania. Nesse sentido, atesta que, em abstrato, a soberania remanesce na entidade política que encampa a idéia de Direito vitoriosa. E, assim, a soberania se concretiza no povo, detentor da força política.

O assunto da titularidade do Poder Constituinte mereceu, de Burdeau, embora de forma sucinta, clara e objetiva definição.

O insigne professor, como homem desta época, salientou ser o povo o titular soberano do poder organizador do Estado e do Direito.

Aliás, com eloquência, em seu tratado, textualmente proclamou: 'Mas então se coloca a questão de se saber a quem pertence esta soberania, quem é o titular deste poder originário. A resposta é simples: o soberano é, abstratamente, a força política de onde depende a substância da idéia de Direito; praticamente é o povo.' (...). (SANTOS, 1980, p. 68)

Portanto, a titularidade do Poder Constituinte, para o Burdeau, pertence ao povo.

3 VISÃO MODERNA DO PODER CONSTITUINTE

A visão moderna é encampada por doutrinas e autores de meados do século XX, em diante, que podem ser associados ao fenômeno do pós-positivismo, também designado por Cittadino (2000, p. 7), citando Pierre Bouretz, de *movimento de retorno ao direito*⁵⁸, em que se buscam novos fundamentos para o Direito e a ordem jurídica, contra o positivismo.

Nesse contexto, a contribuição das ciências humanas, tais como a Sociologia, a História, a Ciência Política, a Teoria do Estado e a Filosofia, tornaram-se essenciais para uma reconstrução da dogmática jurídica, para fins de superação do modelo positivista.

Destarte, no âmbito, mormente, do Direito Constitucional, da Filosofia Política e da Filosofia do Direito, o entendimento acerca dos fenômenos do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e da hermenêutica

⁵⁸ "O objetivo do terceiro Capítulo deste trabalho - *O Direito entre o Universalismo e o Comunitarismo* - é exatamente analisar como liberais, comunitários e crítico-deliberativos buscam, contra o positivismo, encontrar um fundamento para a ordem jurídica, integrando aquilo que Pierre Bouretz designa por *movimento de retorno ao direito*. (...) Como veremos, Pierre Bouretz (*La Force du Droit*. Paris, Éditions Esprit, 1991) se refere ao *movimento de retorno ao direito* enquanto via através da qual se evita a violência, em face do pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas" (CITTADINO, 2000, p. 7).

constitucional⁵⁹, tornaram-se centrais, tendo-se, ademais, como ponto de partida, a constatação do pluralismo⁶⁰ e da alteridade, marcantes nas sociedades atuais.

Assim, Cittadino (2000) se refere ao *liberalismo*, ao *comunitarismo* e ao *procedimentalismo*⁶¹, como três principais vertentes da Filosofia Política, encampadas pelo Direito Público contemporâneo, que se debruçam sobre o

⁵⁹ Quanto aos tópicos atinentes ao constitucionalismo, direitos fundamentais e hermenêutica constitucional, não serão especificamente alvo de estudo na presente dissertação, salvo quando relacionados diretamente ao Poder Constituinte, por distanciarem-se de seu objeto. Para uma compreensão desses tópicos, no contexto do denominado *movimento de retorno ao direito* e do pós-positivismo, cf. Cittadino (2000).

⁶⁰ "O pluralismo é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas. Quando Jürgen Habermas descreve a '*moralidade pós-convencional*' ou quando Claude Lefort menciona a dissolução dos '*marcos de referência da certeza*', ambos se referem ao fato de que no mundo moderno já não é possível configurar uma idéia substantiva acerca do bem que venha a ser compartilhada por todos. O pluralismo, entretanto, possui, pelo menos, duas significações distintas: ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico" (CITTADINO, 2000, p. 1).

⁶¹ Para ser mais correto, Cittadino (2000) utiliza a expressão *críticos-deliberativos* ao se referir ao procedimentalismo. No decorrer dessa dissertação, não obstante, utilizarei a designação *procedimentalismo*. Sobre as três perspectivas, a autora assevera: "Ressalte-se, desde logo, que há, por parte de liberais, comunitários e crítico-deliberativos, um compromisso com a sociedade democrática liberal. Em primeiro lugar, todos defendem as instituições do Estado liberal, ou seja, império da lei, separação dos poderes e direitos fundamentais, ainda que possam configurá-las de forma distinta. Ao mesmo tempo, também é evidente o compromisso de todos com a defesa da democracia, representada pela soberania popular e pela regra da maioria, ainda que aqui também variem as interpretações. Sabemos, entretanto, que a idéia de sociedade democrática liberal evoca ainda a defesa do mercado enquanto forma de regulamentação da escassez. O liberalismo de Rawls é evidentemente compatível com a defesa do mercado; sua teoria da justiça, no entanto, busca oferecer, como veremos, mecanismos que possam restringir as desigualdades decorrentes das relações mercantis. De outra parte, embora se defina como socialista, o compromisso comunitário de Walzer não o coloca contra o mercado enquanto critério de distribuição de bens sociais adotado por uma comunidade específica. Ele, contudo, defende a idéia de que, em uma democracia, uma sociedade civil fortemente organizada deve atuar para contrabalançar as desigualdades decorrentes deste critério de distribuição de bens sociais. Finalmente, Habermas, por seu turno, adota uma postura crítica em relação à sociedade capitalista, ressaltando que tanto o mercado quanto a burocracia instrumentalizam não apenas o espaço da vida privada, como a esfera da opinião pública. Todavia, por mais que a influência do pensamento de Marx seja decisiva sobre o trabalho de Habermas - daí sua postura crítica em relação ao mercado - o seu compromisso com um processo deliberativo democrático o impede de indicar a lógica de organização econômica que as sociedades democráticas contemporâneas devem adotar. Em resumo, nos trabalhos de todos esses autores, podemos identificar, ainda que em graus distintos, críticas à lógica mercantil (...)" (CITTADINO, 2000, p. 5).

tema do pluralismo, da democracia e do direito nas atuais e complexas sociedades⁶².

Em apertada síntese, os liberais, dentre os quais podem ser citados, de acordo com Cittadino (2000), John Rawls, Ronald Dworkin e Charles Larmore, dentre outros, concebem o pluralismo como sendo a multiplicidade de concepções individuais acerca da vida boa. Nesse sentido, as sociedades democráticas modernas seriam permeadas pela coexistência de diversos projetos individuais de vida digna.

A Constituição é compreendida como sendo uma *constituição-garantia*, positivando direitos fundamentais negativos⁶³. Em outras palavras, a Constituição estruturaria um Estado de feições liberais, garantindo-se aos indivíduos, via direitos fundamentais de liberdades individuais, proteção contra a intervenção do Estado no âmbito da sua autonomia privada.

Sobre a segunda vertente, do comunitarismo, o pluralismo é visto como a existência de variadas identidades sociais, formadas por grupos historicamente situados que compartilham a mesma etnia, cultura ou religião,

⁶² "As distintas concepções de pluralismo e os argumentos acerca da justiça decorrem precisamente da maneira como liberais, comunitários e deliberativos lidam com a heterogeneidade e a diferença. O pluralismo liberal associa a conformação de uma sociedade justa à garantia da autonomia privada do cidadão. Daí o caráter inviolável da subjetividade das concepções individuais acerca da vida digna. Nas sociedades democráticas, a justiça, para os comunitários, está vinculada a uma concepção de pluralismo que assegura a autonomia pública e, portanto, a intra-subjetividade das diversas identidades sociais e culturais. Habermas, por sua parte, configura uma concepção de pluralismo segundo a qual tanto a subjetividade das concepções individuais sobre o bem, quanto a intra-subjetividade dos valores culturais que conformam as identidades sociais, podem ser submetidas a um amplo debate público, que fixará normas cujos destinatários serão os seus próprios autores. Daí a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública. De qualquer forma, todos reconhecem que não é possível falar de justiça, nas sociedades democráticas contemporâneas, sem, ao mesmo tempo, enfrentar o tema do direito"(CITTADINO, 2000, p. 138).

⁶³ "Quando os liberais decidem conferir prioridade às visões individuais de mundo, não têm outra alternativa senão tomar as chamadas 'liberdades dos modernos' - liberdade de consciência, liberdade de expressão, liberdade religiosa, direitos individuais em geral - enquanto restrições ou limites ao processo democrático. Em outras palavras, como a autonomia privada tem prioridade em relação à autonomia pública, *'ao processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, entendendo-se o Estado como o aparato de administração pública e a sociedade como o sistema... de relações entre pessoas privadas'*" (CITTADINO, 2000, p. 144).

de modo que a democracia se refletiria na convivência e respeito entre os vários grupos étnicos, cada qual com sua convicção ética intra-subjetiva acerca do bem. Cittadino (2000) aponta, exemplificativamente, como representantes do comunitarismo, Charles Taylor, Michael Walzer e Bruce Ackerman.

Nessa perspectiva, a constituição é vista como uma *ordem concreta de valores* supremos, ou seja, como instrumento de aglutinação destes valores reconhecidos pela comunidade política⁶⁴, encetando um *ethos* compartilhado.

Os direitos fundamentais, nessa esteira, serão direitos positivos, viabilizadores e incentivadores da formação de uma cidadania ativa com vistas a uma ampla participação nos processos deliberativos públicos. O comunitarismo, assim, privilegia a esfera da autonomia pública, em detrimento da autonomia privada cara aos liberais.

São exatamente essas duas vertentes, dos liberais e dos comunitaristas que, para fins desta dissertação, integram a denominada *visão moderna* acerca do Poder Constituinte. De fato, como se verá, mesmo tendo suas peculiaridades acerca do pluralismo e da democracia, com respeito ao Poder Constituinte e suas principais características, tais como a *titularidade*, as *limitações* e o *exercício* de tal poder, as semelhanças são mais evidentes.

No que toca ao *procedimentalismo*, ambas as vertentes, ou seja, a dimensão individual da autonomia privada, privilegiada pelos liberais e, também, a esfera comunitária da autonomia pública, cara aos comunitaristas,

⁶⁴ "Os comunitários, por seu turno, ao voltarem sua atenção para os mundos plurais que integram as democracias contemporâneas invertem a perspectiva liberal na medida em que dão primazia à autonomia pública. Aqui, as 'liberdades dos antigos' - os direitos políticos de participação - são elementos constitutivos do processo democrático. A regra da maioria é substituída pela idéia de política deliberativa que conforma uma vontade comum através de um entendimento ético" (CITTADINO, 2000, p. 144-145).

são encampadas, num contexto discursivo de institucionalização das formas de argumentação⁶⁵.

A corrente procedimentalista será tema de capítulo próprio, sendo a que se enquadra na denominada *visão contemporânea* do Poder Constituinte, e seu principal autor é Habermas (1997), com sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, marco teórico dessa dissertação, com base em que a teoria do Poder Constituinte será reconstruída.

3.1 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Como visto acima, na visão clássica prepondera uma perspectiva de sociedade caracterizada pela homogeneidade de idéias, onde os indivíduos politicamente organizados compartilham da mesma cultura, religião, história e tradições e vêem-se estruturados em uma Nação/Povo, visto como o elemento subjetivo do Estado⁶⁶.

Assim é que o 'outro', isto é, os estrangeiros, as minorias étnicas, os dissidentes políticos eram desconsiderados ou, mesmo, aliados do processo constituinte e, após a criação do Estado, dos processos políticos intra-estatais.⁶⁷

⁶⁵ "Finalmente, quanto à concepção procedimental de política deliberativa, tal como formulada por Habermas, tanto os interesses privados de indivíduos isolados, como a vontade coletiva dos cidadãos unidos, são contemplados por uma teoria da democracia estruturada em termos de institucionalização das regras do discurso e das formas de argumentação" (CITTADINO, 2000, p. 145).

⁶⁶ "É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma" (DALLARI, 1991, p. 81).

⁶⁷ Como exemplo, basta lembrar que Sieyès asseverava, ao apontar que a titularidade do Poder Constituinte repousava na Nação, que esta era composta pelos membros do Terceiro Estado, excluindo-se o Primeiro e o Segundo Estados. Veja: "O Terceiro Estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é Terceiro Estado não pode ser olhado como pertencente à nação. Quem é o Terceiro Estado? Tudo" (SIEYÈS, 2001, p. 5).

Apenas aquele que gozava do *status* de cidadão, poderia participar do jogo político do Estado. Nesse sentido, prevalecia a doutrina de Jellineck (1954), do início do século XX, segundo a qual os indivíduos, pertencentes ao Estado, com ele se relacionam de quatro formas, a saber: *status subiectionis*, *status libertatis*, *status positivus* e *status activus*.

A primeira relação percebe o indivíduo subordinado ao Estado, sendo sujeito passivo de obrigações perante o ente estatal. A segunda caracteriza o indivíduo com respeito ao seu valor humano, de modo a limitar a atuação do Estado em sua esfera de liberdade individual. A terceira condição considera o indivíduo como detentor de pretensões jurídicas em face do Estado que deve atuar em seu interesse, permitindo-lhe usufruir as instituições estatais. Por fim, a última relação atribui ao indivíduo a capacidade de atuar politicamente, isto é, de participar da formação da vontade política do Estado, como cidadão.⁶⁸

Nesse sentido, percebe-se que Jellineck (1954) fala de povo vinculado à noção de pertencimento ao Estado e de cidadania ativa, durante e depois da

⁶⁸ "Segundo Jellineck, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo trava com este uma pluralidade de relações denominadas *status*. A primeira relação em que se encontra o indivíduo é a de subordinação ao Estado, 'que forma a base de toda atividade estatal'. Esta é a esfera dos deveres individuais e corresponde ao *status* passivo (*der passive Status*) ou *status subiectionis*. A segunda relação é estabelecida em função da afirmação constante do valor da pessoa humana o que conduz à redução da extensão do *status passivo* e, com isso, à limitação do Poder Estatal pelos cidadãos. 'O membro do Estado pertence, por isso, a um *status* no qual é senhor absoluto; uma esfera livre do Estado, uma esfera que exclui o *imperium*'. Esta esfera de liberdade individual corresponde ao *status negativus* (*der negative Status*) ou *status libertatis*. A terceira relação resulta do fato de que a atividade estatal é realizada no interesse dos cidadãos. E, para o cumprimento de suas tarefas, o Estado 'reconhece ao indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder estatal seja adotado em seu interesse; enquanto lhe faculta beneficiar-se das instituições estatais; enquanto, em uma palavra, concede ao indivíduo pretensões jurídicas positivas'. Esta esfera, 'que se apresenta como o fundamento do complexo das prestações estatais no interesse individual', equivale ao *status positivus* (*der positive Status*) ou *status civitatis*. A quarta e última relação decorre da circunstância de a atividade estatal só tornar-se possível através da ação dos cidadãos: 'o Estado reconhece ao indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado, promovendo-o a uma condição mais elevada, mais qualificada, à cidadania ativa'. Esta é a esfera em que ao cidadão é reconhecido o direito de participar na formação da vontade política do Estado e diz respeito ao *status activus* (*Status der aktiven Zivität*) ou *status activae civitatis*" (FARIAS, 2000, p. 102-103).

criação desse Estado. Portanto, pelo exercício do Poder Constituinte e, após, na qualidade de elemento subjetivo do Estado, adquirindo o *status activus*.⁶⁹

Assim, na visão clássica, o titular do Poder Constituinte era a Nação ou o Povo tido como os indivíduos organizados politicamente numa Nação. Na perspectiva de Jellineck (1954), desta forma, o povo titular do Poder Constituinte equivaleria ao *status activus*, correspondente à noção de um povo organizado numa nação.

Essa noção de povo como elemento subjetivo do Estado é típica da visão clássica, sendo atribuída a titularidade do Poder Constituinte exatamente ao Povo/Nação assim compreendido. A teoria clássica, assim, conforma-se com a teoria de Jellineck, como citado por Cruz (2005)⁷⁰, segundo a qual apenas o povo ativo, do *status activos*, seria o titular do Poder Constituinte,.

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.

⁶⁹ "Desenvolvendo-se os princípios fixados por Jellineck, e tendo em vista o relacionamento dos indivíduos com o Estado, podem-se fixar alguns pontos fundamentais relativos à disciplina jurídica do povo. Em primeiro lugar, verifica-se que o povo, elemento essencial do Estado, continua a ser componente ativo mesmo depois que o Estado foi constituído. O povo é o elemento que dá condições ao Estado para formar e externar uma vontade. Deve-se compreender como povo o conjunto de indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano" (DALLARI, 1991, p. 85).

⁷⁰ Cruz (2005) faz importante crítica, apontando como, ainda hoje, especialmente no Brasil, a teoria do Poder Constituinte ainda se socorre, quase que irrestritamente, ao conceito de povo de Jellineck, típica da visão clássica. Veja: "A despeito da obra ter mais de um século, bem como da existência de doutrina mais recente muito mais elaborada do que a sua, tal como se depreende das obras de Müller (*Quem é o Povo*) e de Arendt (*A condição humana*), é curioso como a teoria do Poder Constituinte, especialmente a que é trabalhada aqui no Brasil, ainda utiliza o conceito de povo extraída da obra de Jellineck" (CRUZ, 2005, p. 10).

Com o decorrer do tempo, a perspectiva da titularidade do povo assumiu nova justificação (grifos meus).(CRUZ, 2005, p. 10)

Mas, diante da constatação do pluralismo, como dado marcante e inafastável nas sociedades contemporâneas, essa noção homogeneizada de povo deixa de se sustentar. Como visto, a alteridade implica no reconhecimento da existência de várias noções individuais (liberais) ou intra-subjetivas (comunitaristas) acerca da vida boa, de modo que o conceito de Nação ou, mesmo de um povo necessariamente organizado em uma Nação, caracterizando uma sociedade homogênea não mais poderia se sustentar.⁷¹

Desse modo, a noção de um Povo integrado por indivíduos sujeitos de direitos e deveres, política e civicamente organizados passa a ser mais condizente com a idéia do pluralismo encontrado nas sociedades atuais formadas por uma enorme diversidade de etnias, religiões, tradições, línguas, etc., que não podiam ser corretamente explicadas no âmbito da visão clássica, já que esta se baseia na idéia de uma Nação homogênea.

A noção de que a complexidade do mundo atual não permite a predominância de um único modo ou projeto de vida boa fez com que o constitucionalismo assumisse feições marcadamente pluralistas. Dessa forma, a opção pelo povo permitia que a teoria do Poder Constituinte incorporasse perspectivas ligadas à tolerância e ao direito à diferença (...). (CRUZ, 2005, p. 11)

Nessa esteira, surge a doutrina de Müller (1998), que, afastando-se da visão clássica, propõe uma compreensão já atinente à visão moderna acerca do povo.

⁷¹ "Desse modo, superavam-se gargalos da teoria clássica, tais como a existência de nações sem Estado, como a palestina, a curda, a armênia e, de outro lado, a configuração de diversos Estados nos quais a diversidade lingüística, cultural e religiosa é predominante, como, por exemplo, a Índia, o Brasil, o Canadá e os Estados Unidos" (CRUZ, 2005, p. 11).

Partindo de uma crítica a Jellineck (1954), Müller (1998) também classifica o povo, definindo-o conforme suas relações sociais de direitos e obrigações, bem como de acordo com o significado que a expressão pode assumir em termos de legitimação da ação estatal ou, mesmo, como forma de manipulação.

Assim, Müller (1998) classifica, conforme usualmente é empregada a expressão "povo", em quatro grupos, a saber: (i) *povo icônico*; (ii) *povo como instância de atribuição*; (iii) *povo ativo*; (iv) *povo-destinatário*.

O primeiro grupo, o *povo icônico*, corresponde à utilização de "povo" para fins de mera justificação ou tentativa de legitimação de ações políticas, dentre as quais o exercício do Poder Constituinte. É locução abstrata, que não corresponde, concretamente, aos indivíduos reais que compõem uma sociedade. Corresponde a idéia de uma maioria contingente ou iludida, geralmente atinente a Estados totalitários e antidemocráticos que invocam a aceitação do "povo" para justificar seus atos.

O *povo icônico* refere-se a ninguém no âmbito do discurso de legitimação. Ocorre que por ocasião da politização crescente de um emprego ainda pseudo-sacral (mitologia revolucionária do "povo") as inclusões e exclusões assumem um tom enérgico: "Na etapa atual, no período da construção do socialismo, pertencem ao povo todas as classes, camadas, grupos sociais que concordam com a construção do socialismo, apóiam-no e trabalham para tal fim", escreve Mao Tsé-tung. (MÜLLER, 1998, p. 79)

O "povo icônico", portanto, vez tratar-se de mera abstração, diz respeito ao exercício antidemocrático do Poder Constituinte, bem como a subtração da sua titularidade, assumida/usurpada por um tirano ou grupo tirânico, por meio de logro, manipulação ou violência, em casos, por exemplo, do tipo golpe de estado, ditadura ou despotismo.

O segundo grupo, *povo como instância de atribuição*, diz respeito apenas àqueles indivíduos que possuem a nacionalidade reconhecida, nata ou por naturalização, conforme prescrito no texto constitucional. A esse respeito Müller (1998, p. 79) diz que "o povo instância de atribuição está restrito aos titulares da nacionalidade, de forma mais ou menos clara nos textos constitucionais".

Conforme essa definição, a exclusão é evidente, vez que seria tido como "povo" tão somente o nacional reconhecido como tal pelo Estado. Tal perspectiva, por evidente, não se sustenta diante da evidência do pluralismo.

O terceiro grupo cuida do *povo ativo* que diz respeito aos direitos políticos, identificando como membro integrante do "povo" o cidadão titular dos direitos de sufrágio, ou seja, de participar da democracia indireta, podendo votar e ser votado, preenchendo cargos públicos, conforme os requisitos exigidos positivamente no texto constitucional.

Müller (1998, p. 79) atesta que "(...) o *povo ativo* está definido ainda mais estreitamente pelo direito positivo (textos de normas sobre o direito a eleições e votações, inclusive a possibilidade de ser eleito para diversos cargos públicos)".

Também aqui se percebe a evidente exclusão, do conceito de "povo", de todos aqueles que não estejam no gozo de direitos políticos, conforme os critérios positivamente estabelecidos.

O último grupo será o único que não apresenta alguma exclusão, encampando todos os indivíduos integrantes da sociedade. Trata-se do *povo-destinatário*, que abarca tanto aqueles dotados dos direitos civis, de

nacionalidade ou políticos, quanto os incapazes, os menores, os que tenham seus direitos suspensos, etc.

(...) Por fim, ninguém está excluído do *povo-destinatário*; também não e. g. os menores, os doentes mentais ou as pessoas que perdem - temporariamente - os direitos civis. Também possuem uma pretensão normal ao respeito dos seus direitos fundamentais e humanos, à proteção do inquilino, à proteção do trabalho, às prestações da previdência social e a circunstâncias de fato similares, que são materialmente pertinentes no seu caso. (MÜLLER, 1998, p. 79-80)

O *povo-destinatário*, portanto, será o indivíduo que se coloca como sujeito de direitos e prestações a serem garantidos pelo Estado.

Destarte, conforme se pode depreender da teoria trazida por Müller (1998), apenas o *povo-destinatário*, que encampa todo e qualquer indivíduo encontrado em uma sociedade, o que elimina qualquer exclusão, pode conformar-se com a idéia do povo titular do Poder Constituinte no contexto das sociedades contemporâneas plurais.

(...) E aqui já foi proposta uma resposta à pergunta modernizada de Pilatos: Quem é o povo? Não se trata, no tocante à pergunta pela ação, de 'massas' das espécies de textos de agitação; não se trata de um proletariado revolucionário escatológico, que é colocado em prontidão; não se trata de um exército paralelo de guerrilheiros. Trata-se de 'todo' o povo dos generosos documentos constitucionais; da população, de todas as pessoas, inclusive das (até o momento) sobreintegradas e das (até o momento) excluídas: trata-se do *povo enquanto destinatário das prestações estatais* negativas e positivas, que a cultura jurídica respectiva já atingiu. (MÜLLER, 1998, p. 100)

Müller (1998), como se percebe, busca uma definição de povo que não permita exclusão. Portanto, o povo titular do Poder Constituinte será o *povo-destinatário*, exatamente porque essa definição diz respeito a todos os indivíduos, independentemente de qualquer condição jurídica ou social ou outra qualquer. Mesmo porque, nesse sentido, o *povo-destinatário* abrange também o *povo ativo* e o *povo como instância de atribuição*.

O ponto chave, portanto, está em não se permitir qualquer exclusão, vez que esta prática pode redundar na degeneração do *povo destinatário*, incluindo o *povo ativo* e o *povo instância de atribuição*, em *povo icônico*, gerando perda de legitimidade e déficit de Democracia.

A exclusão deslegítima. Na exclusão o povo ativo, o povo como instância de atribuição e o povo destinatário degeneram em 'povo' - ícone. A legitimidade somente pode advir da fundamentação no *povo real*, que é invocado pelo texto da constituição (...). (MÜLLER, 1998, p. 105)

Entrementes, como acima verificado, o povo titular do Poder Constituinte, no contexto da visão moderna, vai além do “status activos” de Jellineck (1954), sendo o resultado da soma do *povo como instância de atribuição*, *povo ativo* e *povo destinatário*, ou seja, o povo será o conjunto de todos aqueles que vivem naquele Estado/sociedade.⁷²

O titular do Poder Constituinte passa a ser, na visão moderna, exclusivamente o Povo, tido como a soma de todos os integrantes do Estado. Ademais, passa-se a buscar a compreensão da existência de um Povo empírico, concreto, realizado no indivíduo inserto na comunidade politicamente organizada.

'Povo' não deve funcionar como metáfora; o povo deve poder aparecer como sujeito político empírico. A concepção não necessita d'o povo' como expressão que não obriga a nada e cobra tudo; ela não necessita de nenhuma 'vontade geral' que não se deixasse verificar e identificar na política empírica, mas de um 'povo' que possa, no plano das instituições, efetivamente entrar em cena como destinatário⁷³ e agente de controle e de responsabilidade:

⁷² "Por conseguinte, segundo a compreensão moderna, 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!" (CRUZ, 2005, p. 11).

⁷³ Como se pode verificar, Müller refere-se ao povo como um ente concreto, encontrado no indivíduo que pertence a uma comunidade politicamente organizada. Mas o concebe como o *destinatário* do direito, ou dos comandos/atuações estatais, bem como assinala a democracia representativa e as eleições de representantes como sendo o cerne da atuação política desse indivíduo integrante do povo. Como se verá na visão contemporânea, essa perspectiva deve

eleição/destituição do mandato por votação, bem como votação livre como componente democrático do cerne da Constituição. (MÜLLER, 1998, p. 60)

3.2 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE

Também trouxe mudanças, a visão moderna, quanto à natureza do Poder Constituinte. A visão clássica, como visto, transitava entre duas grandes correntes doutrinárias, quais sejam, a *jusnaturalista* e a *juspositivista*. A primeira atribuía natureza jurídica ao Poder Constituinte, tal como teorizado, v. g., por Santo Tomás de Aquino, Hugo Grócio e Sieyès, vez que o Direito Natural seria anterior ao Estado e ao próprio ordenamento jurídico, isto é, ao Direito Positivo.

Já a vertente *juspositivista*, como se percebe em Kelsen, compreende o Poder Constituinte como sendo um poder de fato, exatamente porque este é anterior ao Estado e, por conseguinte, ao Direito Positivo, único Direito existente.

Nada obstante, ambas as correntes percebiam o Poder Constituinte Originário como sendo ilimitado, vez que, em qualquer caso, seria anterior ao Estado, de modo que não deveria obedecer a nenhuma prescrição de fundo ou de forma.⁷⁴

ser ampliada, compreendendo-se o indivíduo, interessado/afetado nas coisas particulares e/ou públicas, não só como destinatário, mas, principalmente, como criador, co-participe, dos processos políticos de tomadas de decisão e da formação/conformação do Direito. Veja: "Com efeito, se a ordem jurídica das sociedades contemporâneas assegura iguais liberdades subjetivas para todos os cidadãos e se o faz através de um procedimento legislativo democrático do qual todos participam, estas mesmas liberdades subjetivas, de acordo com Habermas, estão intimamente conectadas com direitos de cidadania oriundos da plena autonomia política dos indivíduos. Em outras palavras, 'o direito coercitivo... apenas pode conservar a sua força socialmente integradora em virtude do fato de que os destinatários individuais das normas jurídicas podem ao mesmo tempo reconhecer a si próprios... como os autores racionais dessas normas'" (CITTADINO, 2000, p. 173).

⁷⁴ Bourdeau, citado por Cruz (2005), assim se manifesta: "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

No âmbito da visão moderna, essa noção é superada, sendo tida como inconsistente, já que o Poder Constituinte, Originário ou de Reforma, será um poder de Direito, ou seja, de natureza jurídica. Sendo assim, será também *limitado*.

De fato, a visão moderna aponta severa crítica à visão clássica, tanto na posição *jusnaturalista*, quanto na *juspositivista*. Quanto a primeira, uma vez que o Poder Constituinte seria de natureza jurídica, certamente seria também limitado, encontrando limitação exatamente no Direito Natural e seus princípios. E, mesmo na perspectiva *juspositivista*, o Poder Constituinte seria limitado pela cultura, pelas tradições, pelo contexto histórico, em outras palavras, pelos direitos humanos.

Portanto, a visão moderna traz grande inovação, principalmente quanto ao Poder Constituinte Originário, já que, sendo este compreendido como um poder de natureza jurídica, passa a ser visto, também, como um poder limitado.

O constitucionalismo moderno percebe claras incongruências nas características (**natureza**) estabelecidas pela versão clássica. Nesse diapasão, tanto o Poder Constituinte Originário quanto o Poder Constituinte 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 modelo clássico. Tais limitações seriam de três espécies: territoriais, culturais e relativas aos direitos humanos. (CRUZ, 2005, p. 13)

constrangimento e de qualquer outra forma, salvo a que lhe aprouver adotar" (CRUZ, 2005, p. 4). No mesmo sentido, Ferreira Filho (2003): "(...) Todas estas correntes estão de acordo em reconhecer que ele é *ilimitado* em face do Direito positivo (no caso a Constituição vigente até sua manifestação). A este caráter os positivistas designam soberano, dentro da concepção de que, não sendo limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte não sofre qualquer limitação de direito, visto que para essa escola o Direito somente é Direito quando positivo. Os adeptos do *jusnaturalismo* o chamam de *autônomo*, para sublinhar que, não limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte deve sujeitar-se ao Direito natural" . (FERREIRA FILHO, 2003, p. 27).

Nesse sentido, conforme Cruz (2005), o Poder Constituinte Originário sofreria limitações *espaciais*, *culturais* e de *direitos humanos*.⁷⁵

As limitações espaciais dizem respeito à realidade geográfica e territorial de um dado país, de modo que o Poder Constituinte será necessariamente exercido de forma circunscrita a uma base territorial, não podendo extrapolar as fronteiras do país a que pertenceria.⁷⁶

Dessa forma, por exemplo, o Poder Constituinte exercido no Brasil, no processo constituinte do qual se originou a atual Constituição de 1988, não poderia estabelecer a forma federativa de Estado fora dos limites territoriais brasileiros, *v. g.*, na Inglaterra ou em Portugal.

As limitações culturais, por sua vez, dizem respeito exatamente às tradições e à cultura, compartilhadas pelo povo, titular do Poder Constituinte Originário e que, assim sendo, o exercerá criando um novo texto constitucional

⁷⁵ Jorge Miranda aponta a existência de limites materiais ao Poder Constituinte Originário, demonstrando sintonia com a visão moderna. Para o autor lusitano os limites seriam: *limites transcendentais*, *imanentes* e *heterónomos*. Os primeiros encontram-se no Direito Natural, em valores éticos superiores, vinculados à idéia de direitos humanos relativos à dignidade da pessoa humana. Os segundos referem-se ao contexto histórico em que se manifesta o poder constituinte, atinente à forma de Estado, à soberania, ao território, à ideologia política vigente. Por fim, os últimos, ligam-se a interligação entre o direito interno e o direito internacional, referindo-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Veja: "Embora seja mais corrente na doutrina considerar a existência (ou a possibilidade ou a necessidade de existência) de limites materiais do poder de revisão constitucional - frequentemente tido por poder constituinte derivado - importa outrossim considerar a existência de limites materiais (em graus diversos, se se quiser) do poder constituinte verdadeiro e próprio, e mesmo do poder constituinte material originário (...) II - Há que distinguir três categorias de limites materiais do poder constituinte: limites transcendentais, imanentes e, em certos casos, heterónomos (...)" (MIRANDA, 2005, p. 376-378). Também Canotilho (1993), apontando crítica ao modelo clássico, assevera: "A teoria de Sieyès sobre o caráter onipotente e incondicionado do poder constituinte merece hoje grandes reticências sob vários pontos de vista. A ideia do 'soberano' (povo) deve articular-se com a ideia, atrás referida, do procedimento constituinte como um compromisso, constituído por elementos contratuais *reais* (grupos políticos, religiosos, económicos, sociais) e por elementos contratuais *fictícios* (contrato de uma geração vinculante de gerações futuras)" (CANOTILHO, 1993, p. 115). Nessa esteira, Canotilho aponta limites de ordem sociológica, antropológica e culturais ao Poder Constituinte Originário.

⁷⁶ "As **limitações espaciais** sustentam a concepção de que o Poder Constituinte se identifica necessariamente a uma base territorial. Logo, em um exemplo simplista, nossa Constituição 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...)" (CRUZ, 2005, p. 13).

para configurar e estruturar um Estado com base na sua cultura, nas suas crenças e tradições.

Cruz (2005) aponta como exemplo a menção à proteção de Deus no texto do preâmbulo da atual Constituição Brasileira, que denotaria a vinculação/limitação do exercício do Poder Constituinte a uma forte tradição de uma maioria do povo brasileiro que se mostra cristão e devoto a Deus. Esse pano de fundo cultural condicionaria o exercício do Poder Constituinte.⁷⁷

A terceira coloca os direitos humanos como limites à ação do Poder Constituinte. Nesse sentido, tais direitos são vistos como fundamentos de qualquer ordem jurídica e de respeito obrigatório a qualquer Estado. Dessa forma, a Constituição fruto do processo constituinte deve, necessariamente, positivar os direitos humanos⁷⁸.

Tal perspectiva encontra eco na retomada, na segunda metade do século XX, da doutrina *jusnaturalista*,⁷⁹ segundo a qual os direitos humanos

⁷⁷ "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 inconscientes 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" (CRUZ, 2005, p. 13).

⁷⁸ A doutrina apresenta uma distinção entre as expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais", entendendo-se aqueles como os direitos internacionalmente reconhecidos e, estes, como sendo o conjunto dos direitos humanos positivados por um país em sua constituição. A exemplo, veja: "(...) A expressão *Direitos humanos* é usada para referir aos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, que independem de positivação. Já a expressão *Direitos fundamentais* é empregada para referir aos direitos humanos reconhecidos em um dado ordenamento" (AMARAL, 2001, p. 90). Na presente dissertação, ambas as expressões são usadas como sinônimas, já que a discussão terminológica lhe extrapola o tema.

⁷⁹ Melo, citado por Cruz (2005) assevera que: "Pela doutrina, há normas dotadas de supremacia mais enérgica de que as comuns do texto constitucional e das leis ordinárias. São as que compõem 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

seriam verdadeiros Direitos Naturais, anteriores a qualquer Estado e que, portanto, serão verdadeiros limites ao exercício do Poder Constituinte, já que o Direito Positivo, oriundo da Constituição, encontrará fundamento nos direitos humanos.

Cruz (2005) lembra que os horrores do holocausto impeliram a Corte Constitucional Alemã de conceber mecanismos para que tal prática jamais fosse repetida, de modo que o resgate da tese jusnaturalista que concebe a existência de direitos humanos suprapositivos e preexistentes, que atuariam como limites ao Poder Constituinte Originário coibiriam o surgimento de uma outra Alemanha totalitária.

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. 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. O elemento majoritário do Poder Constituinte deveria encontrar freios nos direitos humanos de tal forma 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. (CRUZ, 2005, p. 15)

Outra novidade trazida com a visão moderna está na forma de execução do Poder Constituinte, que, segundo a visão clássica, dar-se-ia por meio de uma Assembléia Constituinte formada por representantes da Nação/Povo, num ato fundacional específico/datado e num sentido de ruptura integral com a organização estatal anterior.

Sendo assim, a teoria clássica não abrangia a existência das constituições consuetudinárias, tal como a Inglesa, que não se centra em um

singular e que, atualmente, são acrescentados pelos direitos sociais (...)" (grifos meus). (CRUZ, 2005, p. 14)

pacto fundacional datado, tampouco em um texto constitucional formal e escrito⁸⁰. Ao contrário, o Poder Constituinte, nesses casos, vê-se exercido com fulcro nos costumes e tradições que se vêm construídos ao longo dos tempos por um povo.⁸¹

Ou, também, a existência de tratados internacionais os mais diversos, que, no contexto da globalização, viabilizam toda sorte de blocos políticos e econômicos, configurando-se em verdadeiras constituições inorgânicas.

Cruz (2005), como exemplo, aponta o tratado *quatro-por-dois* através do qual, após a queda do muro de Berlim, a Alemanha viu-se reunificada. Tal tratado, a despeito de não ter sido formalmente implementado, nos moldes de uma Assembléia Constituinte, típica da visão clássica, integra, certamente, uma importante etapa do processo constituinte alemão. Passa a fazer parte integrante, ou, pelo menos, cumpre o mesmo papel, da Lei Fundamental de Bonn, em outras palavras, da configuração de uma nova Alemanha.

O autor citado também menciona a recente modificação, na Constituição Brasileira de 1988, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Carta de 1988, preconizando que os tratados

⁸⁰ "Para esses países de tradição anglo-saxã, a teoria de SIEYÈS não serviu como referência em seus modelos constitucionais, por quatro motivos: 1) por cronologia histórica, porque as sus constituições vieram antes; 2) porque as suas práticas político-jurídicas eram diversas, e fundadas em cultura diferente; 3) pela inexistência de problemas de legitimidade material na criação de sus textos: na Inglaterra, porque uma constituição pragmática (entre leis já editadas e costumes ou 'convenções') parece ter-lhe caído dos céus, como uma dádiva, sem problemas políticos para o seu reconhecimento, e nos EUA, porque a revisão dos Artigos da Confederação, que deu origem a sua carta política, não trouxe problemas de legitimidade material, já que não se recusava às colônias soberania e autonomia suficientes para a criação de um estado federal; 4) pela estabilidade de suas instituições, porque enxergam seu direito como algo flexível, o mesmo ocorrendo com a sua constituição. Os EUA, por exemplo, passaram por uma guerra civil (1861-1865) e uma quebra da bolsa de valores (1929), e no máximo foram introduzidas emendas ao texto original". (JEVEAUX, 2003, p. 20)

⁸¹ "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" (CRUZ, 2005, p. 11).

internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, serão equivalentes às emendas constitucionais, passando a integrar, assim, o sistema constitucional, adquirindo força de norma constitucional.⁸²

Outro exemplo calha, qual seja, o da União Européia, bloco econômico já consolidado, mas que avança cada vez mais na integração também política e cultural, já se tendo colocado em votação uma constituição européia que, entretanto, ainda não restou promulgada. Nada obstante, já se fala em um "povo europeu", em cidadãos europeus⁸³, numa evidente mostra de manifestação do Poder Constituinte de uma maneira jamais prevista pela visão clássica ou pela moderna.

Destarte, a visão moderna classifica a atuação do Poder Constituinte, o seu exercício, em democrática e antidemocrática, no âmbito da Assembléia Constituinte.

Seria democrático o exercício do Poder Constituinte sempre que a soberania popular fosse respeitada. Assim, os trabalhos constituintes dar-se-iam, basicamente, de duas formas: a Assembléia Constituinte seria composta por representantes do povo, livremente eleitos para representar sua vontade, num modelo de democracia representativa; ou a via seria a democracia direta, de modo que o texto da constituição produzido pela Assembléia Constituinte, ou por uma junta governativa, ou por um governante, ou por uma comissão constituinte, etc., seria antecipadamente verificado pelo povo, por meio de um

⁸² Cruz (2005, p. 11).

⁸³ "Sem qualquer posição eurocêntrica, Habermas destaca os debates sobre os rumos da 'unificação européia' como base para sua argumentação, simplesmente por ser a experiência mais antiga e bem sucedida globalmente em termos de integração econômica. Nesse sentido, alguns a vêem como mera unificação econômica/comercial e outros, como ele, esperam que surja algo que se aproxime de uma nova espécie de federação européia que possa buscar uma legitimação de tal empreendimento" (CRUZ, 2006, p. 219-220).

plebiscito, ou, depois de promulgado o novo texto constitucional, este seria referendado ou rejeitado através de um referendo.⁸⁴

No Brasil, as constituições de 1934, 1946 e a atual de 1988, podem ser apontadas como havidas pelo modelo da democracia representativa, com a formação de uma Assembléia Constituinte composta por representantes do povo. No direito alienígena, podem ser apontadas a Convenção de Filadélfia, de 1787, que resultou na Constituição norte-americana e a Assembléia Nacional Francesa de 1789.

Já a via direta, com a realização de um referendo, encontra exemplos na França, em sua Constituição de 1793, bem como no Projeto Constitucional de 1946 e na Constituição de De Gaulle de 1958. Na França ainda se apontam os plebiscitos napoleônicos, quando o povo francês aprovou as Constituições de 1799, 1802 e 1804. Também na Itália foi eleita e composta a Assembléia Constituinte cujo trabalho resultou na promulgação da Constituição de 1947, que, em seguida, foi alvo de referendo.

Há quem aponte, também, um modelo misto⁸⁵, em que se vêem eleitos representantes, via eleições livres, para a composição de uma Assembléia Constituinte, cujo texto constitucional seria submetido a plebiscito antes de sua promulgação, ou a referendo, se já se visse promulgada. De qualquer forma, a

⁸⁴ "A via democrática implica, ao contrário, um respeito indispensável à vontade do povo. Esse caminho poderia assumir uma via 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 *referendum*" (CRUZ, 2005, p. 12).

⁸⁵ "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 assembléia 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, 2002, p. 45).

validade e a continuidade do texto constitucional dependeriam da chancela popular.⁸⁶

Ainda com base na diferenciação dos momentos de elaboração e ratificação, podemos apontar um processo misto, onde se combinam os elementos directos com elementos representativos. O povo elege uma assembleia constituinte para elaborar uma constituição (procedimento representativo); a ratificação jurídica da constituição caberá ao povo que se pronunciará através de *plebiscito* ou de *referendo* sobre o texto constitucional (*procedimento directo*). Designa-se esta técnica por *técnica de assembleia constituinte não soberana*. (CANOTILHO, 1993, p. 122)⁸⁷

Quanto ao modelo antidemocrático, ocorrerá sempre que for usurpada ou violada a vontade do povo, com a imposição de um texto constitucional, o que pode se dar por um golpe de estado, a outorga de uma constituição por um imperador, a instauração de uma ditadura ou a coerção advinda de forças estrangeiras.

Como exemplo, no Brasil, a Constituição do Império, de 1824 foi outorgada arbitrariamente pelo Imperador D. Pedro I e as Constituições de 1937 e 1967, respectivamente frutos do golpe de estado de Getúlio Vargas e do golpe militar de 1964.

No estrangeiro, podem ser citadas a Constituição Japonesa de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha de 1949 que foram frutos de imposição e pressão por parte dos países ocidentais, destacadamente os Estados Unidos

⁸⁶ "Exemplos: Constituição Francesa de 1795 ou do Ano III e, em tempos mais recentes, a Constituição da IV República. Foi também o processo seguido pelas *Conventios* americanas que elaboraram um projecto de constituição sujeito a ratificação do povo." (CANOTILHO, 1993, p. 122).

⁸⁷ Nessa mesma obra, o autor citado aponta também a existência de um "procedimento constituinte monárquico", nos seguintes termos: "Quando tratarmos do constitucionalismo da Restauração aludir-se-á às *cartas constitucionais* ou *constituições outorgadas* como expressão (*sic*) do poder constituinte monárquico (cfr. *Infra*, Parte III, Cap. 3, I, 3). O rei sujeitava-se aos esquemas constitucionais, mas reservava para si o direito de *dar* a constituição aos súditos. Uma *forma mista* pode resultar da articulação de dois princípios diversos: o princípio monárquico e o princípio democrático. São as chamadas *constituições dualistas* ou *pactuadas*, através das quais se efectiva (*sic*) um compromisso entre o rei e a assembleia (*sic*) representativa (exemplos: a Constituição de Württemberg de 1819; a Constituição pactuada de Luís Filipe de 1830; em certa medida, a nossa Constituição de 1838)" (CANOTILHO, 1993, p. 122).

da América, além das Constituições dos países da antiga "Cortina de Ferro", oriundas da influência coercitiva da ex-União Soviética.

Destarte, verifica-se outra novidade trazida pela visão moderna, de modo que, uma vez compreendido o Poder Constituinte, seja originário ou de reforma, como um poder de direito, o seu exercício não mais pode resultar numa ruptura integral com o ordenamento jurídico anterior, formal ou material.

Isso se verifica, no âmbito do Poder Constituinte Originário, pelo menos, em duas situações. A uma, com o fenômeno da recepção, pelo qual uma norma jurídica infraconstitucional, vigente no ordenamento jurídico constitucional anterior, resta recepcionada pela nova Constituição, continuando a vigorar, agora, debaixo dessa nova Constituição.

A recepção, ademais, pode ocorrer com a alteração do *status* formal da norma, que se vê, então, sob a nova Constituição, assumindo posição hierárquica diversa da de sua origem, dentro do novo sistema constitucional.

Como exemplo pode ser citado o Código Tributário Nacional, promulgado debaixo da Constituição de 1967, sob a forma de Lei Ordinária. Com o advento da Constituição atual, de 1988, essa norma viu-se devidamente recepcionada, assumindo, exatamente por força da recepção, o *status* de Lei Complementar, por força do art. 146⁸⁸ da atual Constituição.

A duas, com a desconstitucionalização, de modo que dadas normas constitucionais, após uma Constituição ser substituída por outra, continuam em vigor, mas, agora, com a nova Constituição, assumindo a forma de normas infraconstitucionais.

⁸⁸ Constituição Federal de 1988, art. 146: Compete à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...).

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 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. (CRUZ, 2005, p. 15-16)

Ademais, ainda tendo-se como exemplo o caso Brasileiro, recorda-se que a Assembléia Nacional Constituinte que elaborou e promulgou a atual Constituição de 1988 foi convocada, sendo formada por membros do Congresso Nacional de então, pelo instrumento formal de Emenda Constitucional⁸⁹, ou seja, conforme o sistema constitucional anterior.

Também se encontra lastro no modelo jurídico constitucional anterior à promulgação da nova Constituição de 1988, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que são verdadeiras normas de adaptação/transição do sistema anterior para o atual.

Isso aponta para a existência de estruturas e instituições do regime anterior que perduram e adentram no novo regime, sendo recepcionados e

⁸⁹ Trata-se da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição de 1967. É por esse motivo que o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, demonstrando afinação com a visão clássica, preconiza que a constituição em vigor no Brasil ainda é a de 1967 e que a Carta de 1988, na verdade, não passaria de uma emenda constitucional, fruto do Poder Constituinte de Reforma. Veja: "Na verdade e no fundo, a Emenda n. 26 simplesmente alterou o procedimento de modificação da Constituição, a partir de 1º de fevereiro de 1987. Simplificou esse procedimento porque não reclamou, para a aprovação de normas novas, senão a maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em conjunto, em dois turnos, em lugar da maioria de dois terços em cada Casa do Congresso Nacional, também em dois turnos. E eliminou, com referência à *liberdade* e à *soberania*, as limitações ao poder de reforma referentes à abolição da República e da Federação, bem como a proibição de emendas na vigência de intervenção federal, estado de sítio e estado de emergência (art. 47, §§ 1º e 2º, da EC n. 1/69). (...) A ordem constitucional vigente no País é, portanto, resultado de reforma da Constituição anterior, estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes, mas que, por resultar num texto totalmente refeito e profundamente alterado, deu origem a uma nova Constituição. Assim, tivemos, na convocação da Assembléia Nacional Constituinte, manifestação do Poder Constituinte derivado, apenas, repita-se, libertado das limitações materiais e circunstanciais que lhe eram impostas. Embora entrando em contradição com a doutrina do Poder Constituinte (*leia-se, visão clássica*), há muitos autores que sustentam haver-se manifestado, em 1988, o Poder originário. Trata-se de uma posição política, sem base científica, que atende, entretanto, ao objetivo de dar à nova Constituição um fundamento mais forte do que o que adviria de considerá-la uma mera revisão da Carta anterior" (acréscimo em destaque, meu). (FERREIRA FILHO, 2003, p. 31-32)

adaptados conforme o novo texto constitucional e a nova realidade estatal, demonstrando que não há, sobremaneira, uma ruptura total com o ordenamento anterior, mas, sim, sua alteração e adaptação.⁹⁰

Por fim, outra inovação trazida pela visão moderna encontra-se no exercício do Poder Constituinte de Reforma no sentido de que, além das vias formais da emenda ou da revisão, ambas delimitadas no próprio texto constitucional, a Constituição também sofre alterações pelas chamadas mutações informais.

Pelas chamadas mutações informais, as alterações sofridas pela Constituição dar-se-iam no seu significado, por processos de interpretação do seu texto conforme as modificações da realidade, no âmbito pragmático social, que se verificassem. Nessa esteira, a Constituição pode ver seu significado alterado sem que nenhuma modificação formal em seu texto ocorra.

A expressão *mutações informais da Constituição* é atribuída a Ferraz (1986), que desenvolve essa tese em sua obra intitulada *Processos Informais de Mudança da Constituição*.

A autora citada se refere a um *Poder Constituinte difuso*, que ocorre em meio às práticas sociais cotidianas, que se dão por meio dos costumes, da hermenêutica constitucional e da configuração/conformação da legislação infraconstitucional.⁹¹

Dessa forma, os processos de mutação informal da constituição ocorreriam, basicamente, de três maneiras: (i) interpretação constitucional; (ii)

⁹⁰ "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 27 de novembro 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, demonstram sobejamente que o Poder Constituinte Originário não promove um aniquilamento completo da ordem jurídica anterior" (CRUZ, 2005, p. 15).

⁹¹ Cruz (2005, p. 16).

legislação infraconstitucional regulamentadora de normas constitucionais; (iii) mutação consuetudinária.

Pela via interpretativa, concebe-se a Constituição como um sistema aberto e principiológico, de modo que o significado do texto constitucional possa ser reinterpretado em face das modificações da realidade social, adaptando-se a Constituição às novas realidades.

Por conseguinte, o constitucionalismo moderno constata que o significado da Constituição pode ser alterado pelos processos de interpretação, seja no âmbito judicial, administrativo ou legislativo.⁹²

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 outras matérias não afetas à cognição estrita da liberdade de locomoção dos indivíduos ao referido instituto processual, se presta a espelhar a concepção de que a Constituição evolui sem que ocorra alteração no corpo de seu texto. (CRUZ, 2005, p. 17)

A outra forma de mutação informal da constituição, a legislativa, se dá na compreensão de que o texto constitucional não se apresenta isoladamente

⁹² Ferraz (1986) traz interessante exemplo em reforço à sua tese dos processos informais de mutação constitucional. Veja: "A extensão do voto feminino no Brasil pode exemplificar a questão. A Constituição republicana de 1891, artigo 70, determinava que seriam 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, 1986, p. 39)

no ordenamento jurídico. Ao contrário, a Constituição integra um sistema constitucional, sendo o ápice do ordenamento jurídico.

Dessa forma, todas as normas infraconstitucionais devem se fundamentar na Constituição, sendo com ela congruentes, sob pena de inconstitucionalidade. Ademais, o texto constitucional não é visto como uma obra perfeita. Ao contrário, como qualquer outro produto humano, também é reconhecido como imperfeito.

No caso em questão, constata a doutrina centrada na visão moderna a existência de normas constitucionais desprovidas de eficácia plena, as quais o próprio legislador constituinte, no texto constitucional, deixou abertas algumas lacunas, remetendo ao legislador infraconstitucional que deveria supri-las, regulamentando o texto constitucional e conferindo-lhe eficácia.

É o caso das chamadas normas constitucionais programáticas⁹³, que, desprovidas de eficácia plena, não seriam auto-aplicáveis. Para alcançarem

⁹³ A teoria da classificação das normas constitucionais quanto a sua aplicabilidade e eficácia torna-se amplamente difundida, como constata Cruz (2005), a partir da obra de José Afonso da Silva, intitulada *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. A questão é amplamente debatida e controversa, sendo que o constitucionalismo moderno tem apontado que não se sustenta mais a teoria clássica no sentido de que haveria realmente normas constitucionais desprovidas de eficácia. O que ocorreria, ao contrário, é que todas as normas constitucionais seriam dotadas de eficácia, mas em graus diversos, entre um mínimo e um máximo de eficácia. Veja, v. g.: "Nenhuma norma jurídica coloca tantos problemas relativos à sua vigência e eficácia quanto as constitucionais. É que há um fosso mais profundo entre as disposições inseridas na Constituição e as realidades concretas, que no comum do direito. (...) A ineficácia normativa resulta da inaplicação das normas jurídicas em razão, exclusivamente, da sua estrutura lógica, da carência de elementos próprios às regras jurídicas em geral e, inclusive, do próprio assunto tratado. É curioso notar que este fenômeno foi tão reconhecido pelos primeiros estudiosos do direito constitucional que a ineficácia foi transformada em regra. É dizer, viu-se na Constituição um conjunto de preceitos, regras, proclamações e diretrizes que não seriam imediatamente aplicáveis. Ficariam na dependência de uma legislação ordinária posterior que lhes fosse conferindo, gradativamente, maior aplicabilidade. (...) Já se vai longe, contudo, esse tempo. Hoje não se admite que a ineficácia seja o timbre da Constituição. Pelo Contrário, o que se reconhece é que todas as normas constitucionais têm um mínimo de eficácia. O que se continua a admitir, todavia, são graus diferentes de aplicabilidade" (BASTOS, 2002, p. 127-129). Veja, também: "Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da 'morte' das normas constitucionais programáticas. Existem, é certo, normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que <impõem uma actividade> e <dirigem> materialmente a concretização constitucional. O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: <simples programas>, <exortações morais>, <declarações>, <sentenças políticas>, <aforismos políticos>, <promessas>, <apelos ao

eficácia e, portanto, aplicabilidade plena, as normas programáticas dependeriam da ação do legislador infraconstitucional, isto é, careceriam de uma complementação, de uma regulamentação por meio de uma norma infraconstitucional.

Dessa forma, a legislação infraconstitucional, ao suprir esta lacuna da norma constitucional, regulamentando-a e conferindo-lhe plena eficácia, traria também uma nova configuração e novo sentido ao sistema constitucional. A regulamentação infraconstitucional seria um complemento à Constituição, dando-lhe novo significado.

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. Outro exemplo notável se dá no período do Brasil Império, no qual as alterações constitucionais que se seguiram ao Ato Adicional de 1834 foram todas elas implementadas por leis ordinárias, tal como exemplo a implantação do sistema parlamentarista pelo Decreto nº 523 de 20 de julho de 1847 e do voto direto, posto em prática pela Lei Saraiva, lei nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881.(CRUZ, 2005, p. 18)

Ao mais, os costumes constitucionais também são vistos como processos de mutação informal da Constituição, sendo mais visíveis nos ordenamentos jurídicos da *common law*.

Os costumes são, neste caso, as práticas constitucionais que se estabelecem suprimindo eventuais omissões ou lacunas encontradas no texto

legislador>, <programas futuros>, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às <normas programáticas> é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou diretiva), perante quaisquer órgãos do poder político (CRISAFULLI). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autônoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositio* do legislador; é a *positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes*" (CANOTILHO, 1993, p. 183-184).

constitucional. Tais práticas, reiterando-se e introduzindo-se nas instituições, findam por tornar-se tradições constitucionais e a serem respeitadas e obedecidas, de modo que se integram à Constituição.

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 arrolado como costume *praeter legem*: a proibição de reeleição para Presidente da República, por mais de dois mandatos consecutivos. Entendida como 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, 1986, p. 202-203)

Por fim, anota-se que há críticas contra a admissão dos processos informais de mutação constitucional, no sentido de que tais mudanças, por extrapolarem a moldura formal trazida pela própria Constituição para sua alteração, dando-se à margem da rigidez constitucional, seriam algo de difícil controle.

Nesse sentido, eventuais alterações informais da Constituição, que se revelassem inconstitucionais, poderiam se ver livres de correção ou fiscalização, já que, exatamente por se operarem de maneira informal, não seriam alcançados pelo controle de constitucionalidade.

A própria Ferraz (1986) admite este problema. Veja:

(...) na prática, as mutações inconstitucionais proliferam ou porquanto o controle de constitucionalidade é ineficaz, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo que ele subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído. O único tipo de controle que poderá incidir sobre tais mutações é o controle constitucional não organizado, isto é, o acionado por grupos de pressão, pela opinião pública, pelos partidos políticos, etc. (FERRAZ, 1986, p. 213-214)

Assim, além de ser bastante difícil de se exercer um controle eficaz sobre eventuais alterações informais da Constituição, esse controle não será exercido apenas pelos poderes constituídos, seguindo-se ditames formais constitucionais (emenda, revisão), mas, ao contrário, se controle houver, será por parte das mesmas entidades capazes de promover a mutação informal.⁹⁴

3.3 A VERTENTE COMUNITARISTA DA VISÃO MODERNA

⁹⁴ "O principal problema não resolvido por essa corrente é o da insindicabilidade das mutações informais, vale dizer, a impossibilidade ou dificuldade de se controlarem as mutações consideradas inconstitucionais, apesar de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ asseverar que aquela 'função constituinte implícita' esteja sujeita a limites mais rígidos do que os criados para o poder de reforma. Essas mutações inconstitucionais são por ela classificadas em: 1) manifestas: como a suspensão ou supressão da constituição por golpe de estado; a delegação legislativa onde o texto constitucional a proíbe; o prolongamento de mandato por disposição de lei ordinária, para além do limite temporal fixado na constituição (que LOEWNSTEIN considera ser uma 'inconstitucionalidade não permanente'); decreto-lei editado fora de seus limites e posteriormente constitucionalizado; a nomeação de vice como presidente antes dos dois anos iniciais do mandato (como ocorreu no Brasil, com o Marechal Floriano Peixoto); e 2) anômalas: exemplificadas pela inércia regulamentar, pelo desuso e pelas mutações tácitas (emendas que indicam o texto alterado e emendas que não o fazem)" (JEVEAUX, 2003, p. 32).

Nesse sentido, do lado do comunitarismo⁹⁵, conforme citado por Cittadino (2000) pode-se destacar, v. g., a doutrina de Bruce Ackerman, para quem o Poder Constituinte não apenas se manifesta em uma Assembléia Constituinte, mas sempre que ocorra uma situação extrema em que o povo externe sua manifestação soberana. Ackerman denomina de *cidadania fortemente mobilizada*⁹⁶ a esta manifestação soberana que ocorre sempre que um povo modifica, de forma profunda, suas tradições, cultura e valores.

Quando tal modificação se apresenta no seio social, o Poder Constituinte se manifesta, com a criação de um novo texto constitucional ou com a alteração da Constituição vigente, formalmente ou via interpretação. Em

⁹⁵ Outros representantes do comunitarismo, conforme Cittadino (2000), que podem ser citados são Walzer e Taylor, que compartilham com Ackerman a concepção do pluralismo consistir na existência de várias identidades sociais e que a Constituição deve garantir o respeito e a realização da cidadania ativa, em outras palavras, da realização da esfera pública que seria superior, ou mais relevante, que a autonomia privada/individual, cara aos liberais. Veja: "Se para os liberais o desacordo razoável exige a neutralidade estatal, o Estado, segundo Walzer, em uma sociedade liberal, deve apoiar aqueles grupos que mais intensamente defendam os valores compartilhados por uma sociedade liberal. Nesse sentido, a previsão constitucional dos direitos fundamentais expressa mais a vontade e a autodeterminação da comunidade do que o reconhecimento do que os indivíduos naturalmente são. Quando a Constituição reconhece que os cidadãos têm o direito de reunirem-se pacificamente, isto traduz, na verdade, uma vontade: a de que ocorram reuniões pacíficas de cidadãos. Com efeito, a Constituição, nesta perspectiva, define um projeto e não apenas um procedimento neutro que assegura direitos e liberdades. Tanto quanto Walzer, Taylor acredita que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados traduzem mais a vontade de autodeterminação da comunidade do que um espaço de independência individual em relação à autoridade estatal ou aos demais indivíduos. (...) O sentimento de pertencimento a uma comunidade é, portanto, anterior, segundo Taylor, ao processo de atribuição de direitos". (CITTADINO, 2000, p. 161-162). Percebe-se, claramente, que para os comunitaristas, integrantes da visão moderna, os direitos fundamentais atuam como limites à atuação do Poder Constituinte. No Brasil, ainda conforme Cittadino (2000) podem ser citados, como representantes do pensamento comunitarista, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Fábio Konder Comparato, Dalmo de Abreu Dallari, dentre outros. (CITTADINO, 2000, p. 14 *et seq*).

⁹⁶ "Esta conexão entre processo de mobilização política e mudança constitucional é o tema central de um dos mais importantes trabalhos de Ackerman: *We the people*. Ao propor, neste texto, um modelo de 'democracia dualista', Ackerman estabelece uma distinção entre, por um lado, as políticas rotineiras cujas decisões cabem aos representantes do povo ou à burocracia estatal e, por outro lado, as 'transformações no sistema' cuja responsabilidade é exclusiva do povo - *we the people* - como tal. Tanto quanto a democracia, a Constituição também é dualista, ou seja, ela '*procura distinguir duas diferentes decisões que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é a decisão do povo. A segunda, a dos governantes*'. (CITTADINO, 2000, p. 165).

outras palavras, pode ser exercido o Poder Constituinte Originário ou o Poder Constituinte de Reforma.⁹⁷

Aponta Ackerman, citado por Cittadino (2000), três momentos na história norte americana em que a cidadania fortemente mobilizada atuara, quais sejam: (i) na Convenção de Filadélfia (1787) com a criação da constituição americana; (ii) na "reconstrução", após a guerra civil (1865-1870) com o advento das Emendas Constitucionais; (iii) e no advento do *New Deal* (1930), com a implantação do Estado Social nos Estados Unidos por meio da política intervencionista de Franklin Delano Roosevelt.

Nessas três ocasiões o Poder Constituinte teria se manifestado, tendo como titular o povo que, diante de momentos de crise, toma as rédeas do jogo político e social, promovendo transformações profundas em suas tradições e valores, redefinindo sua cidadania.

Nesses momentos, o povo, exercendo sua soberania, pode decidir, inclusive, por alterar o conjunto dos direitos fundamentais acolhidos pela constituição. Voltando-se a um curso de normalidade, passada a crise, o Poder Constituinte se via exaurido.

Ao interpretar a história do constitucionalismo norte-americano, Ackerman identifica três momentos nos quais o povo realizou 'transformações no sistema', conformando e redefinindo a sua própria identidade política: na Convenção de Filadélfia de 1787, quando se configura a Constituição Americana; no 'reencontro' de 1865-1870, quando, após a guerra civil, são estabelecidas Emendas Constitucionais (*Civil War Amendments*); e, finalmente, por ocasião do *New Deal*, em 1930. Os fundadores federalistas, em 1787, rompem com o passado na medida em que não ratificam os procedimentos fixados pelos Artigos da Confederação (*Articles of Confederation*) que exigiam a unanimidade da Confederação para alterações constitucionais. As emendas da Reconstrução tampouco teriam sido ratificadas se os republicanos tivessem levado

⁹⁷ "Quando uma comunidade altera o conjunto dos valores que compartilha, pode criar uma nova Constituição, modificar o seu direito constitucional ou instituir novas interpretações da Constituição em vigor. Esta capacidade de autodeterminação da comunidade está precisamente na origem do 'constitucionalismo patriótico', que se traduz, segundo Ackerman, na disposição republicana da comunidade de, em momentos decisivos, alterar legitimamente os seus compromissos políticos e normativos" (CITTADINO, 2000, p. 169).

em consideração o princípio disposto no Artigo V da Constituição. Da mesma forma, as transformações resultantes do *New Deal* não teriam sido possíveis se a Suprema Corte não tivesse repudiado o seu compromisso com os princípios do *laissez-faire*. (CITTADINO, 2000, p. 166)

Assim, percebe-se que, se por um lado Ackerman se afasta da visão clássica quando admite que o Poder Constituinte pode ser exercido de forma diversa do modelo da Assembléia Constituinte⁹⁸, noutro momento, reaproxima-se dela ao entender que o exercício desse poder se dá em momentos específicos, exaurindo-se depois de cumprido seu fim.

Ademais, Ackerman entende que em tais momentos há uma verdadeira ruptura ou, pelo menos, uma profunda alteração dos costumes e tradições, bem como das práticas políticas, com relação ao momento anterior. Destarte, o exercício do Poder Constituinte não seria perene, mas situado no tempo, numa ocasião específica.

(...) Nesta perspectiva, Ackerman pretende demonstrar que, a despeito da longa sobrevivência da Constituição (*americana*), não é possível, como supõe a maioria, interpretar a história constitucional americana a partir de uma idéia de continuidade. Ao contrário, estes momentos históricos revelam rupturas, revoluções, no sentido de que as regras fundamentais da prática política sofreram transformações substanciais. Todos estes momentos históricos - e outros, segundo Ackerman, certamente virão - demonstram que o povo, quando assim deseja, é capaz de discutir e deliberar sobre temas constitucionais que irão alterar de maneira significativa a comunidade que habitam. (CITTADINO, 2000, p. 166-167)

Assim, percebe-se que a visão moderna, na vertente do comunitarismo, entende a Constituição como sendo um instrumento de aglutinação dos valores

⁹⁸ "Ackerman 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 do 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 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" (CRUZ, 2005, p. 11).

supremos compartilhados majoritariamente pela sociedade. Em outras palavras, a Constituição revela-se como uma ordem concreta de valores.

Esses valores compartilhados, compreendidos constitucionalmente como um sistema de direitos, revelam os direitos humanos que serão os limites à atuação do Poder Constituinte. Isso faz com que o Povo, tido como titular do Poder Constituinte acabe sendo visto de forma abstrata, como um grupo de indivíduos que compartilham, homogeneamente, da mesma cultura, língua, tradições, história, ou seja, dos mesmos valores.⁹⁹

Nessa perspectiva, a Constituição - com seu sistema de direitos - significa, na verdade, uma matriz, um projeto social integrado por um conjunto de práticas comuns que determinam a identidade dos indivíduos autônomos que, por sua vez, têm a obrigação de *'restaurar ou de sustentar a sociedade na qual esta identidade é possível'*. A Constituição, enquanto projeto, revela, neste sentido, um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns, um compromisso com certos ideais. (CITTADINO, 2000, p. 162)

Mais uma vez a visão moderna finda por incorrer no mesmo equívoco da visão clássica, que percebia a Nação, titular do Poder Constituinte, também de forma abstrata, como o conjunto de indivíduos politicamente organizados em torno dos mesmos valores e crenças.

Mesmo que, como visto acima, no seio da visão moderna tenha-se buscado, a partir do reconhecimento da existência do pluralismo nas sociedades atuais, identificar o Povo como sendo um dado empírico, encontrado no indivíduo concreto.

⁹⁹ "Este patriotismo republicano, tal como concebido por Taylor, pode ser equiparado à idéia de cidadania ativa que, em Walzer, define e interpreta, com vontade e consciência, o conteúdo dos direitos fundamentais. Com efeito, o patriotismo republicano, ao traduzir os valores comuns compartilhados, pressupõe uma cidadania que recupera, atualiza e assegura os direitos fundamentais, tanto quanto influencia o processo político decisório. Não há dúvidas, portanto, que Walzer e Taylor, ao conferirem prioridade às liberdades positivas que asseguram uma cidadania ativa ou um patriotismo republicano, atribuem à autonomia pública a tarefa de configurar e interpretar a Constituição enquanto projeto que traduz uma vontade coletiva. São os trabalhos de Bruce Ackerman, no entanto, que melhor revelam o compromisso com este *'constitucionalismo patriótico'*" (CITTADINO, 2000, p. 163).

3.4 A VERTENTE LIBERAL DA VISÃO MODERNA

Como visto, os liberais, diversamente dos comunitaristas, compreendem o pluralismo como sendo a existência de vários projetos individuais de vida boa, investindo, assim, na autonomia privada, na esfera individual.

Os direitos fundamentais, para os liberais, também são vistos como limites ao exercício do Poder Constituinte, tal como se dá no comunitarismo. Entretanto, se para os comunitários esses direitos assumem caráter positivo, para garantir a atuação da autonomia pública num contexto de cidadania ativa, para os liberais eles assumem caráter negativo.

Ou seja, os direitos fundamentais são aqueles das liberdades individuais que protegem os indivíduos, no âmbito da autonomia privada, da atuação/intervenção do Estado ou dos demais indivíduos.¹⁰⁰

Dentre os liberais, destaca-se Rawls (1993)¹⁰¹, para quem a Constituição será o instrumento pelo qual uma sociedade se ordena, vez que ela estabelece e conforma um procedimento político justo no sentido de que os direitos e garantias individuais, isto é, os direitos fundamentais de caráter negativo, sejam prioritariamente assegurados.

¹⁰⁰ "Em seu sentido liberal, a idéia de liberdade significa a capacidade que cada cidadão possui de ter a sua concepção razoável acerca da vida digna e de procurar realizar os objetivos por ela fixados, sem interferências impeditivas externas. (...) Em outras palavras, convicções morais e políticas são pessoais e nenhum governo ou comunidade pode constranger ou procurar moldar as concepções individuais acerca do bem" (CITTADINO, 2000, p. 146-154).

¹⁰¹ Dentre os liberais, de acordo com Cittadino (2000), também pode ser citado Charles Larmore, que compartilha com Rawls a noção de que o pluralismo está no fato de existirem inúmeras concepções individuais de vida boa e que, assim, a Constituição deve positivar e garantir direitos fundamentais de liberdades negativas. Veja: "Charles Larmore, ainda mais claramente que Rawls, afirma que a idéia de liberdade negativa integra a idéia liberal de bem comum. O direito, segundo Larmore, não limita a liberdade, mas sim a torna possível, na medida em que garante o espaço para o desacordo razoável acerca da vida digna. Tal como Rawls, Larmore acredita que a neutralidade liberal acerca das concepções de bem se configura na constitucionalização dos direitos básicos e das garantias do cidadão". (CITTADINO, 2000, p. 151)

Nessa esteira, Rawls (1993), partindo de uma concepção contratualista inspirada em Locke, Rousseau e Kant, preconiza uma *situação inicial* onde os indivíduos colocar-se-ão reciprocamente em condição procedimental de igualdade. Essa situação inicial é designada por *posição original*, que substitui a noção de um contrato social.

Ao contrário da idéia de um contrato social que conta com a adesão dos indivíduos que abrem mão, livremente, de parcela de sua liberdade, concedendo o poder a um governante numa estrutura de um Estado de Direito, a posição original de Rawls (1993) é concebida em termos de um procedimento argumentativo em que as partes se conduzem para alcançar um acordo inicial acerca dos princípios da justiça que irão balizar o futuro Estado e a sociedade.

A idéia condutora é antes que os princípios da justiça aplicáveis à estrutura básica formam o objeto do acordo original. Esses princípios são os que seriam aceites por pessoas livres e racionais, colocadas numa situação inicial de igualdade e interessadas em prosseguir os seus próprios objetivos, para definir os termos fundamentais da sua associação. São esses princípios que regulamentam os acordos subseqüentes. *'Na teoria da justiça como equidade, a posição da igualdade original corresponde ao estado natural na teoria tradicional do contrato social. Esta posição original não é, evidentemente, concebida como uma situação histórica concreta, muito menos como um estado cultural primitivo. Deve ser vista como uma situação puramente hipotética, caracterizada de forma a conduzir a uma certa concepção da justiça'*. (AMARAL, 2001, p. 155)

O Poder Constituinte Originário seria exercido, assim, pelos indivíduos na posição original, no âmbito da idéia liberal que confere primazia a autonomia privada, numa concepção de pluralismo fortemente individualista.

Assim é que as partes, na posição original, se reconhecem reciprocamente como indivíduos autônomos, de modo que seus argumentos sejam isentos de qualquer coerção, isto é, cada indivíduo é capaz de externar

suas convicções acerca da via boa, de forma racional, possuindo, também, um razoável senso de justiça.¹⁰²

De qualquer forma, percebe-se que a posição original é uma situação contrafáctica criada por Rawls (1993) para conferir uma legitimidade ao exercício do Poder Constituinte Originário, concebendo indivíduos que se despem de qualquer interesse pessoal ou conhecimento prévio acerca de tradições ou cultura, mas que são dotados de racionalidade e senso de justiça, bem como de autonomia, sendo, assim, capazes de chegarem a um acordo acerca da estruturação do Estado e da Constituição.

Dessa forma, os indivíduos colocados na posição original, representando a sociedade, seriam capazes de celebrar um acordo livre de qualquer coerção ou influência de cunho histórico/cultural. A posição original seria a representação de um procedimento a-histórico, onde os participantes poderiam livremente acordar acerca dos ideais de justiça garantidores das liberdades individuais e da igualdade.

Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário seria limitado exatamente pela capacidade racional dos indivíduos na posição original, bem como na idéia de justiça assente na garantia e efetivação de direitos fundamentais individuais.

Mas para que os indivíduos colocados na posição original possam corretamente representar os cidadãos, que são também dotados de autonomia, Rawls (1993) concebe a idéia do *véu da ignorância*. Dessa forma, ao ingressar na posição original, as partes são obrigadas a abandonar suas concepções

¹⁰² "A defesa deste individualismo e, portanto, da prioridade da autonomia privada, é evidente, em Rawls, ao caracterizar a autonomia das partes na posição original. Ainda que os cidadãos tenham autonomia plena - não apenas a capacidade de ter uma concepção de bem (racionalidade), mas também um sentido de justiça (razoabilidade) - as partes, na posição original, são autônomas apenas no sentido de que atuam racionalmente em função de suas concepções de bem" (CITTADINO, 2000, p. 130).

personais acerca da vida boa, bem como a se despirem de suas tradições, percepções e marcas históricas, ou seja, dos dados de suas personalidades.¹⁰³

Os princípios de justiça, então, são escolhidos sob um *véu de ignorância*, sob o qual os participantes desse diálogo hipotético nada sabem sobre sua futura posição na sociedade. Com isso, o fundamento dos direitos não está em qualquer argumento apriorístico, mas na justificação de certos princípios da justiça como fruto de um acordo unânime numa situação inicial hipotética, onde a igualdade é assegurada pelo fato de que não sabendo cada um qual será sua posição, sua situação na sociedade, ninguém poderá defender princípios que beneficiem sua situação particular. Assim, pensa Rawls, ficaria assegurado que tais princípios são resultado de um acordo ou negociação equitativa (*fair*). (AMARAL, 2001, p. 155)

É o véu da ignorância que pode, segundo Rawls (1993), implementar a imparcialidade e a neutralidade na posição original, de modo que as partes possam, desprovidas de qualquer influência externa ou interna, consolidar um ideal de justiça.

Este ideal de justiça, Rawls (1993) define como sendo os dois princípios de justiça criados na posição original, que serão capazes de garantir a liberdade e a igualdade, sendo: (i) "cada pessoa tem igual direito a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema semelhante de liberdades para todos; e nesse esquema, as liberdades políticas iguais, e somente estas liberdades, têm que ser garantidas por seu justo valor"; (ii) "as desigualdades sociais e econômicas têm que satisfazer duas condições: primeira, devem se relacionar com postos e posições abertos para todos em condições de plena equidade e

¹⁰³ "Dworkin equipara a posição original a um conto de fadas, pois, para compreendê-la, devemos ser capazes de imaginar uma reunião de indivíduos, que nada sabem a respeito de si próprios e ainda desconhecem suas crenças pessoais a respeito da vida, nem tampouco pertencem a qualquer sociedade específica, mas estão reunidos em uma espécie de convenção constitucional com o objetivo de escolher as regras fundamentais da sociedade que pretendem construir" (CITTADINO, 2000, p. 99).

de igualdade de oportunidades; e segunda, devem redundar no maior benefício aos membros menos privilegiados da sociedade".¹⁰⁴

Esta autonomia racional, artificial, permite que as partes, na posição original, definam uma concepção política de justiça que possa ser aceita, em uma sociedade democrática, por cidadãos livres e iguais, mas que estão comprometidos com diferentes doutrinas compreensivas razoáveis¹⁰⁵. Em outras palavras, princípios de justiça que especificam os termos justos da cooperação social, frente ao 'fato do pluralismo', não podem ser definidos por partes portadoras de autonomia política plena. Daí a necessidade do véu da ignorância que, privando as partes da razão prática ao separá-las de suas próprias personalidades, das contingências históricas e de suas concepções acerca da vida digna, se constitui na primeira e provavelmente na mais fundamental garantia da imparcialidade da concepção política de justiça. Entretanto, apesar das restrições impostas pelo véu da ignorância, Rawls deixa claro que as partes estão obrigadas a levar em conta o fato de que os cidadãos que elas representam são plenamente autônomos, inclusive no sentido de que estão dispostos a respeitar os interesses dos demais cidadãos e não apenas os seus próprios. Com efeito, o objetivo do véu da ignorância é neutralizar o 'fato do pluralismo', colocando por trás de si as diversas doutrinas compreensivas razoáveis. (CITTADINO, 2000, p. 101)

Assim, a partir dos dois princípios da justiça, elaborados na posição original, por indivíduos que se encontram sob o véu da ignorância, Rawls (1993) aponta uma segunda etapa, em que *delegados* seriam designados para comporem uma convenção cujo fim será o de elaborar o texto constitucional de modo que melhor possa regular a vida social com base na liberdade e na igualdade.

Dessa forma, a Constituição será vista como fruto de um procedimento político justo, vez que desenvolvido conforme os princípios da justiça, elaborados na posição original. Por conseguinte, a Constituição irá regular e garantir tanto os direitos políticos dos cidadãos, quanto, e principalmente, os

¹⁰⁴ Cittadino (2000, p. 101).

¹⁰⁵ Doutrinas compreensivas razoáveis, em síntese, correspondem às várias concepções individuais acerca do bem, ou seja, à noção liberal do pluralismo assente na autonomia privada.

direitos fundamentais individuais que possibilitem a todos a capacidade de perseguir a realização de suas concepções acerca do bem.¹⁰⁶

Como se pode depreender, Rawls (1993) concebe um Poder Constituinte datado, exercido em uma convenção constituinte, bem como sendo um poder limitado, principalmente, pelo primeiro princípio de justiça, havido na posição original e pelos direitos de liberdades básicas, que devem necessariamente compor o texto constitucional, condicionando a atuação dos delegados na convenção.

Ademais, a posição original, próxima da idéia de um pacto fundador, como dado contrafáctico e pressuposto, o aproxima das concepções clássicas do contrato social¹⁰⁷, bem como do exercício do Poder Constituinte que deve se dar por representantes dos cidadãos, os delegados, reunidos em uma convenção constituinte, ou seja, numa Assembléia Constituinte.

O Poder Constituinte seria, assim, limitado pelos direitos fundamentais, exercido em momentos específicos e exaurindo-se quando da elaboração do texto constitucional, tendo como titulares os cidadãos, ou seja, o povo

¹⁰⁶ "Segundo Rawls, é do caráter inalienável dos direitos e liberdades básicas que decorre o papel da Constituição em uma sociedade bem ordenada. A Constituição, segundo ele, conforma um procedimento político justo que fixa as restrições pelas quais os direitos e liberdades básicas são não apenas assegurados como têm garantida a sua prioridade. (...) Quando as partes, na posição original, formulam o primeiro princípio de justiça, além de assegurar direitos e liberdades básicas para todos, garantem um justo valor para as liberdades políticas. Este primeiro princípio de justiça deve, segundo Rawls, ser aplicado na etapa seguinte, ou seja, a dos delegados que, em uma convenção, vão elaborar o texto constitucional mais apropriado para regular a vida de cidadãos livres e iguais em uma sociedade bem ordenada. O resultado disso é que a Constituição, enquanto procedimento político justo, irá necessariamente prever as restrições constitucionais contra a violação não apenas das liberdades políticas, mas também dos direitos e liberdades básicas relativos à capacidade do indivíduo de ter e de buscar realizar a sua concepção acerca da vida digna" (CITTADINO, 2000, p. 150).

¹⁰⁷ "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. Por essa concepção a figura do indivíduo se torna central como titular do Poder Constituinte Originário, vez que a autonomia privada ganha precedência sobre a autonomia pública" (CRUZ, 2005, p. 31).

considerado em bloco, em abstrato, representado por delegados escolhidos para comporem uma convenção constituinte.

4 VISÃO CONTEMPORÂNEA DO PODER CONSTITUINTE

A visão contemporânea será compreendida nos termos da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas¹⁰⁸, que, em seu procedimentalismo, concebe o pluralismo como sendo a existência tanto de várias concepções individuais, quanto de grupos sociais acerca do bem.

Nesse sentido, não há como privilegiar uma esfera em detrimento da outra. Assim, Habermas (1997) aponta para uma interconexão entre a esfera privada e a esfera pública¹⁰⁹.

Desse modo, constata-se que os indivíduos tanto atuam no âmbito da esfera privada, quando cuidam de interesses particulares, quanto no da esfera pública, onde atuam engajados em termos de sociedade organizada e de cidadania ativa.

Isso se dá diante, exatamente, do pluralismo e do alto grau de complexidade das atuais sociedades, de modo que as pessoas assumem múltiplos papéis sociais - de pais ou filhos, amigos ou desafetos, patrões ou empregados, alunos ou professores, consumidores ou fornecedores, artistas, desportistas, solteiros ou casados, etc.

¹⁰⁸ Habermas (1997, 2 v.).

¹⁰⁹ "Com efeito, Habermas elabora uma concepção de ética discursiva que pressupõe tanto os interesses individuais quanto as perspectivas ancoradas em valores. As duas dimensões do pluralismo, ou seja, as concepções individuais sobre o bem e as formas de vida pluralistas, estão presentes na sociedade contemporânea e não há como, segundo Habermas, optar por uma em detrimento da outra" (CITTADINO, 2000, p. 90).

Em cada situação da vida concreta, o indivíduo estará lutando para implementar seu projeto pessoal de vida boa, como, a exemplo, sendo parte em uma demanda judicial em que se busque a proteção de um seu direito fundamental individual, uma sua propriedade, ou sua liberdade de ir e vir. Ou estará atuando num contexto de cidadania ativa, na esfera pública, por exemplo, como associado de um sindicato de dada classe de trabalhadores, participando de suas reuniões e deliberações, ou, mesmo, exercendo seu direito ao voto em eleições.

Assim, nas sociedades pós-convencionais¹¹⁰, secularizadas e desencantadas, não mais se sustenta a idéia de um *ethos* compartilhado, seja de ordem divinatória, seja em termos de uma cultura e tradições homogêneas.

Isso pelo fato do pluralismo que significa exatamente a coexistência de várias crenças religiosas, morais, éticas, de múltiplas culturas e etnias e de tradições diversas. É que, face ao pluralismo, não há mais a possibilidade de uma nação ou um povo abstrato e homogêneo, formado por

¹¹⁰ As sociedades pós-convencionais são as sociedades plurais, compostas por moralidades individuais distintas e dimensões éticas intra-subjetivas igualmente distintas, em um mundo racional desencantado onde não é possível um conjunto de valores estanques e compartilhados, a-criticamente, por todos, ou, mesmo, por uma maioria. Veja: "É a concepção de moralidade pós-convencional em Habermas o que lhe permite incluir em sua ética discursiva as duas dimensões do pluralismo, na medida em que, face à sociedade moderna, tanto as concepções individuais sobre a vida digna, quanto os valores, costumes e tradições de uma forma específica de vida se deparam com uma exigência: estão obrigados a apresentar razões que sustentem a sua validade social, na medida em que não podem ser, como no passado, justificados apenas por si próprios. A moralidade pós-convencional que caracteriza a cultura moderna estabelece, neste sentido, uma ruptura entre vigência e validade social. Nas palavras de Habermas, a sociedade moderna '*promove o individualismo nos projetos pessoais de vida e um pluralismo nas formas de vida coletiva. Simultaneamente, entretanto, as normas do viver em conjunto tornam-se também reflexivas ... Cresce uma necessidade de justificação que, sob as condições do pensamento pós-metafísico, só pode ser satisfeita por discursos morais ... Em contraste com as deliberações éticas, que são orientadas pelo telos da minha/nossa própria concepção de bem, as deliberações morais requerem uma perspectiva liberta de todo egocentrismo ou etnocentrismo*'. (...) Neste sentido, as identidades individuais e sociais se constituem a partir da sua inserção em uma forma de vida compartilhada, na medida em que aprendemos a nos relacionar com os outros e com nós mesmos através de uma rede de conhecimento recíproco, que se estrutura através da linguagem. Há, dessa forma, uma inter-relação entre sujeito e sociedade, que se processa através de estruturas lingüísticas, formando aquilo que Habermas designa por intersubjetividade" (CITTADINO, 2000, p. 90-91).

indivíduos/cidadãos que compartilham a mesma língua, história, tradições, crenças, cultura...

Por conseguinte, os indivíduos se reconhecem reciprocamente, nas sociedades atuais, como cidadãos livres e iguais, não mais por conta de um *ethos* compartilhado, mas porque todos se identificam na Constituição. A Constituição, nas sociedades pós-convencionais, substitui a noção de homogeneidade, presente nas visões clássica e moderna, de uma "ordem concreta de valores compartilhados".

Destarte, Habermas (2003a) substitui a idéia do *ethos* compartilhado pela de um *patriotismo constitucional*¹¹¹, ou seja, uma modalidade pós-convencional de formação de identidade coletiva que tem como base comum a Constituição. É a Constituição que, incorporando um sistema de direitos (fundamentais), irá conformar uma "nação de cidadãos" composta por indivíduos que se reconhecem como livres e iguais.

Assim, o patriotismo constitucional substitui o nacionalismo, pois, tendo-se como única base comum a Constituição, que por sua vez deverá ser criada por um processo constituinte democrático e integrar um sistema de direitos, cria-se uma identidade coletiva compatível com a alteridade inerente às sociedades pós-convencionais.

¹¹¹ "Ressalte-se, por outro lado, que ao recusar uma concepção comunitária de Constituição enquanto ordem concreta de valores, isto não significa que Habermas opte por uma proposta liberal de Constituição como ordenamento-garantia assegurador de um âmbito de liberdades negativas. Segundo ele, a Constituição, ao configurar um conjunto de direitos fundamentais, contextualiza princípios universalistas e, assim, transforma-se na única base comum a todos os cidadãos. Em outras palavras, em mundos pós-convencionais, onde os indivíduos não integram sólidas comunidades étnicas ou culturais, são as Constituições que, incorporando um sistema de direitos, podem conformar uma '*nação de cidadãos*'. É a partir dessa argumentação que Habermas formula a concepção de patriotismo constitucional enquanto modalidade pós-convencional de conformação de uma identidade coletiva. (...) Em outras palavras, como já não é possível, face a um mundo *desencantado*, recorrer à experiência de uma história e de uma identidade compartilhadas, o patriotismo constitucional vem substituir o nacionalismo" (CITTADINO, 2000, p. 176-177).

Por conseguinte, a Constituição deve ser legítima e, mais, constantemente legitimada ao longo de sua existência, de modo que todos os indivíduos, sejam nacionais ou estrangeiros, maiorias ou minorias, na qualidade de interessados/afetados pelo discurso constituinte/constitucional¹¹², reconheçam-se simultaneamente como destinatários e criadores da norma constitucional¹¹³. Assim a Constituição será o único fator igualmente compartilhado por todos.

Com seu patriotismo constitucional, portanto, Habermas (2003a) concebe que os valores, pessoais ou intra-subjetivos, que são múltiplos nas sociedades plurais pós-convencionais, são substituídos pela Constituição.

Dessa forma, os indivíduos não precisam compartilhar um mesmo conjunto de valores, tradições, crenças, num sentido homogêneo, para se respeitarem mutuamente e se relacionarem de forma solidária.

A identidade cívica e a tolerância são garantidas pela Constituição reconhecida por todos os interessados/afetados. Isso ocorre por conta da legitimidade da Constituição, aferida não pelo seu conteúdo, mas pelo

¹¹² "Para mim, *atingido* é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências 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 realiza 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, 1997, p. 142, 1v.).

¹¹³ "Com sua teoria discursiva do direito, Habermas busca revelar que, diferentemente das leis morais - que por si só preenchem a condição de assegurar o livre-arbítrio de cada um com a liberdade de todos - o direito positivo e o seu potencial coercitivo precisam obter legitimidade através de um procedimento legislativo democrático. Com efeito, como a positividade do direito não pode significar uma espécie de faticidade arbitrária, apenas os procedimentos democráticos de elaboração legislativa são capazes de justificar a idéia de que as normas que integram o direito positivo são passíveis de uma aceitação racional: '*o procedimento democrático para a produção do direito constitui a única fonte pós-metafísica de legitimidade*'. (...) Nesse sentido, há, de acordo com Habermas, uma relação interna, conceitual, entre direito e democracia, que se traduz na conexão intrínseca entre direitos humanos e soberania popular. (...) Em outras palavras, '*o direito coercitivo ... apenas pode conservar a sua força socialmente integradora em virtude do fato de que os destinatários individuais das normas jurídicas podem ao mesmo tempo reconhecer a si próprios ... como os autores racionais dessas normas*'"(CITTADINO, 2000, p. 173).

processo constituinte exercido discursivamente, balizado pela situação ideal de fala¹¹⁴, de modo a garantir a participação de todos os interessados/afetados. Esses, por conseguinte, serão os titulares do Poder Constituinte.

Nesse sentido, titular do Poder Constituinte será todo aquele que, direta ou indiretamente, seja interessado/afetado¹¹⁵ pelo discurso constitucional. O mesmo será identificado concretamente em uma situação fática, podendo ser um grupo social, majoritário ou minoritário, uma etnia, um indivíduo nacional ou estrangeiro, etc.

E o exercício discursivo do Poder Constituinte, no plano da fundamentação¹¹⁶, permite que seu titular, participando efetivamente do

¹¹⁴ "O discurso impõe um respeito necessário do Direito aos direitos fundamentais e à democracia, eis que o resgate de qualquer reivindicação 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 detalhamentos sobre a proposição, dissentir, bem como de empregar atos de fala regulativos; b) capacidade dos participantes de expressar idéias, intenções e intuições pessoais; c) ausência total de coação interna ou externa ao discurso; d) um *medium* lingüístico comum que permita que os interlocutores entendam adequadamente os termos do debate; e) um conhecimento ilimitado sobre o tema em questão; f) tempo também ilimitado para que o consenso pudesse surgir de modo que todos os interessados pudessem concordar com seu conteúdo final. 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 da gênese democrática dos atos normativos, na qual certamente se inclui o Regimento da Assembléia Constituinte" (CRUZ, 2005, p. 37-38).

¹¹⁵ O Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em palestra realizada no segundo semestre de 2005, no auditório da Faculdade de Direito da Newton Paiva, em Belo Horizonte, expôs seu conceito acerca do que seria o "povo", o titular do Poder Constituinte, assim se pronunciando: "O Povo somos todos e cada um de nós". Essa simples frase, no meu sentir, define com clareza o sentido do Patriotismo Constitucional.

¹¹⁶ Os discursos de fundamentação/justificação das normas referem-se à sua gênese democrática, a ser implementada, *a priori*, pelo Poder Legislativo. Nada obstante, o discurso de fundamentação/justificação pode se dar em qualquer ocasião, por meio de uma dada instituição, que esteja exercendo o ato de criação de uma norma jurídica, incluindo-se, aí, a Assembléia Constituinte e a criação da norma constitucional. No plano da fundamentação/justificação, o discurso refere-se à validade/legitimidade da norma, e durante o seu processo de criação, as partes envolvidas, interessadas/afetadas, devem se pautar pelo agir comunicativo, levantando argumentos racionais em interações comunicacionais voltadas para o entendimento. No discurso de fundamentação/justificação, serão debatidos valores, princípios, tradições, idéias as mais variadas, no contexto histórico do mundo da vida, valores estes que impregnarão a norma resultante. Veja: "Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das

processo constituinte, sinta-se, ao mesmo tempo, como criador e destinatário do texto constitucional, o que lhe confere legitimidade.

Exercendo-se o Poder Constituinte no plano da fundamentação, assegura-se a todos os interessados/afetados - seu titular - em igualdade de oportunidades, exporem e sustentarem suas pretensões de validade de forma racional.

Assim, os valores individuais, as concepções éticas intragrupais, as variadas tradições e culturas étnicas, as diversas crenças religiosas, questões econômicas e políticas, enfim, as noções individuais e coletivas acerca do bem serão discursivamente debatidas, impregnando, por fim, o texto constitucional.

Dessa forma, a Constituição se verá legítima e poderá, com seu sistema de direitos, substituir esses valores, culturas e tradições existentes no mundo da vida¹¹⁷.

A noção de cidadania, destarte, conferida somente àqueles que possuem o *status* de cidadão/nacional, é substituída pelas idéias de patriotismo

condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático assim caracterizado: *'somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normalização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente' (...)*" (OLIVEIRA, 2002, p. 85).

¹¹⁷ "(...) 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 a 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 meio 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, 2004, p. 320). "Segundo Habermas, as sociedades contemporâneas são integradas pelo mundo da vida - constituído pela esfera da vida privada e pela esfera da opinião pública - espaço no qual a prática comunicativa elabora interpretações cognitivas, expectativas morais e manifestações expressivas, e por subsistemas - econômico e administrativo - regidos por meios de controle independentes da linguagem - dinheiro e poder" (CITTADINO, 2000, p. 115-116).

constitucional e de sujeito constitucional, de modo que não só o cidadão/nacional participe do processo constituinte, mas todo e qualquer interessado/afetado, incluindo-se as minorias e os estrangeiros.

O patriotismo constitucional e o sujeito constitucional remetem a uma dimensão de identidade cívica global, onde todos se reconhecem mutuamente como membros da mesma humanidade¹¹⁸, além de também manterem sua autocompreensão étnica, cultural, local - de seu país de origem, ou de onde vivem.

Será nesses moldes que se passará, a seguir, a uma reconstrução da teoria do Poder Constituinte com base na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, ou seja, verificar-se-á os termos de uma visão contemporânea do Poder Constituinte.

Antes, porém, serão esboçadas, de forma sucinta, algumas premissas teóricas da Teoria Discursiva, segundo as quais será baseada a visão contemporânea do Poder Constituinte.

4.1 PREMISSAS TEÓRICAS DA TEORIA DISCURSIVA

¹¹⁸ Cruz (2005), citando Habermas, assim se manifesta: "No tocante ao 'estrangeiro', tal pretensão não é mera utopia, pois já existem exemplos notáveis nesse sentido: '*Na República Federal da Alemanha, como na maioria dos sistemas jurídicos do Ocidente, a situação jurídica dos estranhos e estrangeiros 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*'. 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 estrangeiros que, ressaltados alguns direitos políticos, possuem um *Bill of Rights* quase idêntico ao dos nacionais. Essa consciência de fazer parte de algo maior como a humanidade não precisa tornar o homem um ser exclusivamente 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". (CRUZ, 2005, p. 26)

No âmbito da visão contemporânea, pretende-se demonstrar que o Poder Constituinte Originário será exercido no plano do discurso de fundamentação, balizado pela situação ideal de fala de modo a imperar o agir comunicativo, filtrando-se suficientemente os agires estratégico e instrumental; e que, ademais, o Poder Constituinte de Reforma poderá, conforme o caso, situar-se no plano do discurso de fundamentação ou no do discurso de aplicação; e, mais, que o Poder Constituinte será limitado em seu exercício pelo discurso e não mais por direitos humanos substantivos, tampouco por crenças, tradições ou valores; e, por fim, que tudo isso ocorre nos limites históricos do mundo da vida.

Por isso, faz-se mister explicitar, mesmo que brevemente, o que são alguns dos principais tópicos que conformam a Teoria Discursiva do Direito, vez que essas serão as premissas sob as quais será reconstruída a teoria do Poder Constituinte, de modo a que sejam superadas as visões clássica e moderna.

O primeiro tópico é o agir comunicativo, que se dá intersubjetivamente, onde os participantes/falantes utilizam a linguagem voltada para o entendimento. As partes, na linguagem, levantam suas pretensões de validade, racionalmente sustentadas por meio de argumentos que possam denotar a veracidade, a correção, a justeza e a validade dos proferimentos.¹¹⁹ Os

¹¹⁹ "A pretensão de compreensibilidade, de inteligibilidade, da mensagem contida nos proferimentos comunicativos; - A pretensão de verdade do conteúdo proposicional da mensagem, isto é, dos proferimentos cognitivos referentes ao mundo objetivo, que realizamos através de atos de fala constatativos; - A pretensão de correção, de justeza do conteúdo normativo e valorativo da mensagem, isto é, dos proferimentos referentes ao mundo social, que se dão através de atos de fala regulativos e valorativos; - A pretensão de sinceridade e autenticidade manifestada em proferimentos referentes ao mundo subjetivo e que se dão através de atos de fala expressivos" (SIEBENEICHLER, 2003a, pg. 96).

proferimentos, por sua vez, são enunciados, sentenças, descrições, cujas pretensões de validade são levantadas pelos falantes, na linguagem.

No agir comunicativo os falantes se abrem ao diálogo e buscam alcançar, por meio de argumentos racionais, um consenso a ser formado pelo melhor argumento.¹²⁰ O agir comunicativo se dá quando os falantes se encontram em situação ideal de fala, que por sua vez, é um dado contrafáctico que garante a igualdade entre as partes.

Assim, na situação ideal de fala todos possuem competência de fala e de racionalidade, não há nenhuma coerção interna ou externa, de modo que todos podem livremente se manifestar expondo com veracidade e sinceridade suas idéias. São garantidas iguais oportunidades a todos para levantarem suas pretensões de validade, bem como também é garantida a oportunidade de interpelar, perguntar, negar, afirmar ou contradizer qualquer argumento.

Nada obstante, verifica-se também a ocorrência do agir estratégico, que se dá quando um dos falantes age buscando apenas a concretização de um fim pessoal. Dessa forma, no agir estratégico a fala não é voltada para o entendimento, tampouco se busca atingir um consenso com base no melhor argumento. Os falantes não agem com sinceridade. Ao contrário, no agir estratégico imperam a coerção e o logro, sendo que a intenção de quem age

¹²⁰ "O conceito do agir comunicativo está formulado de tal maneira que os atos do entendimento mútuo, que vinculam os planos de ação dos diferentes participantes e reúnem as ações dirigidas para objetivos numa conexão interativa, não precisam de sua parte ser reduzidos ao agir teleológico. Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao conteúdo de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma intervenção externa não pode ser tido na conta de um acordo. Este assenta-se sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validez em princípio criticável" (HABERMAS, 1989, p. 165).

estrategicamente é iludir ou manipular o outro com vistas a obter um ganho pessoal.¹²¹

Ao lado do agir estratégico encontra-se o agir instrumental,¹²² que é implementado quando uma pessoa, intencionalmente, utiliza uma outra como um meio, um instrumento, para a realização de um fim pessoal.

O verdadeiro consenso, como já se pode inferir, apenas ocorrerá em meio ao agir comunicativo em que as partes, interagindo intersubjetivamente, livres de qualquer coerção interna ou externa, em situação ideal de fala, constroem o melhor argumento, utilizando-se do *medium* da linguagem voltada para o entendimento.

O requisito da sinceridade permite a distinção entre duas formas de condução em uma comunicação: o agir comunicativo orientado pela procura de um entendimento que preenchesse as expectativas recíprocas de comportamento e, de outro lado, o agir racional teleológico, que se divide entre o agir instrumental e o agir estratégico (...).

O agir comunicativo é voltado para o entendimento mediado pela linguagem em busca de normas que possam valer obrigatoriamente e que preencham legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores. (CRUZ, 2006, p. 88-90)

Todas as relações intersubjetivas, ademais, ocorrem em um mundo da vida, que é a realidade histórica e social em que vivemos, ou seja, é o pano de fundo que comporta as experiências de vida, as tradições, crenças, cultura e conhecimento que criam os horizontes de cada indivíduo e de cada grupo

¹²¹ "(...) na ação estratégica, um ator procura influenciar o comportamento de outro por meio de sanções ou da perspectiva de gratificação a fim de fazer com que a interação continue conforme o primeiro deseja, ao passo que, na ação comunicativa, um ator procura racionalmente motivar o outro, acreditando no efeito compulsório da locução (*bindungseffekt*) da oferta contida no ato de fala" (BRONNER *apud* ARAGÃO, 2002, p. 115).

¹²² "(...) é aquele tipo de ação instrumental em que uma pessoa, em seu agir, utiliza outra pessoa como meio (instrumento) adequado à realização de um fim (sucesso pessoal). (...) Tal tipo de ação implica que aquele que age tentando influenciar perlocucionariamente um terceiro o faça da perspectiva de terceira pessoa, ou seja, sem se envolver diretamente com aquela, vez que a toma não como sujeito, mas como objeto. (...) o agir estratégico funciona por intermédio do engodo que o agente produz, indicando ilusoriamente um fim como objetivo de sua ação, mas desejando subjetivamente fim diverso" (GALUPPO, 2002, p. 124-125).

dentro da sociedade, permitindo e capacitando o exercício da razão e da linguagem, bem como o entendimento mútuo acerca dos proferimentos.

O mundo da vida, por sua vez, é integrado por várias instituições e sistemas, dentre os quais a família, a religião, as empresas, os grupos sociais, e, principalmente, o Direito que irá regular as relações sociais, além dos dois subsistemas da burocracia (poder) e do mercado (dinheiro), que capitaneiam a administração pública/governo e o sistema de produção e distribuição de riquezas.

Essa integração ocorre com a conexão interna estabelecida entre a esfera privada e a esfera pública, que são mediadas/integradas pela linguagem, imperando o agir comunicativo permeado pela situação ideal de fala, somando-se, também, os dois subsistemas da burocracia e do mercado que atuam através de meios de controle e reprodução interna independentes da linguagem. Neles imperam os agires estratégico e instrumental.

Por esse motivo, os subsistemas atuam de forma independente do agir comunicativo, de modo que suas ações não se vinculam às regras de validade das práticas argumentativas.

Dessa forma, atuam absorvendo o mundo da vida e colonizando-o, através de processos de coisificação e monetarização onde tudo e todos se tornam expressões financeiras, números, coisas a serem utilizadas como meios para se alcançar fins¹²³, v. g., na burocracia, com a utilização do poder

¹²³ "Os imperativos interpostos pela lógica do mercado e pela lógica burocrática possuem uma dinâmica própria e, por um lado, pelo seu caráter autônomo, carecem de justificação e, por outro, têm a capacidade de neutralizar os âmbitos de ação estruturados comunicativamente. (...) As restrições e distorções à comunicação engendradas pelos imperativos do mercado e do poder configuram, segundo Habermas, uma 'violência estrutural', que não se manifesta como tal, mas que viola a rede intersubjetiva das práticas comunicativas cotidianas. A sociedade contemporânea, portanto, convive com a violência decorrente dos mecanismos da monetarização que regem a esfera da vida privada e com os imperativos da burocratização que invadem a esfera da opinião pública. Por trás desse processo de colonização do mundo da

público para obter privilégios e ganhos particulares e, no mercado, a lógica do capitalismo selvagem baseado no neoliberalismo gerando concentração de renda, por um lado, e grande miséria por outro, num modelo de exploração e dominação.

Nada obstante, Habermas (1997) distingue os atos de fala ordinários¹²⁴, que são conversas triviais, anedotas, estórias, contos, etc., de uma forma especial de comunicação, que se implementa institucionalmente e de acordo com as regras de validade do agir comunicativo balizado pela situação ideal de fala.

Trata-se do discurso, que é o meio procedimental de se implementar o agir comunicativo, concretizando-se a situação ideal de fala, com vistas a que sejam filtrados os agires estratégico e instrumental, bem como refreados os influxos dos subsistemas da burocracia e do mercado.

O embate fundamental em torno da integração de sociedades essencialmente plurais se daria entre o princípio da solidariedade social, promovida pelo agir comunicativo das pessoas em busca de um consenso verdadeiro (racional), na qual predominam as formas tradicionais de integração social, e, de outro lado, pelo princípio da integração sistêmica, colonizada pela monetarização e pela burocratização da espontaneidade moral e estética da sociedade pelo emprego do chamado agir racional teleológico, na qual se situam o agir instrumental e o agir estratégico.

O agir comunicativo é voltado para o entendimento mediado pela linguagem em busca de normas que possam valer obrigatoriamente e que preencham legitimamente as expectativas recíprocas de comportamento aceitas por no mínimo dois interlocutores (...). Habermas centra sua teoria na distinção entre os meros atos comunicativos e os discursos como mecanismo de construção de pretensões de validade para fins de obtenção de um consenso verdadeiro, no qual a solidariedade seria condição indispensável para o êxito do mesmo. Habermas acredita que a legitimidade de qualquer deliberação normativa só pode ser checada em face das condições ideais de fala, pressupostos à

vida se encontram orientações valorativas e interesses específicos (*agires estratégico e instrumental*) que de nenhum modo podem ser considerados constitutivos da identidade da comunidade em seu conjunto." (CITTADINO, 2000, p. 116). Acréscimos em destaque nossos.

¹²⁴ "Este quadro consiste basicamente na contraposição entre duas formas de comunicação: 1) Atos comunicativos, através dos quais os participantes aceitam ingenuamente, sem discussão, pretensões de validade que formam o consenso básico. 2) Discursos ou discussões, nas quais os participantes não trocam informações, não conduzem ou realizam ações, nem fazem experiências novas, mas procuram argumentos aptos a fundamentar pretensões de validade (SIEBENEICHLER, 2003b, p. 96).

comunicação, distinguindo, com isso, um consenso racional de um pseudo-consenso. Logo, o critério de legitimidade do discurso se restringiria ao procedimento, afastando-se, pois, de qualquer noção de conteúdo *a priori*. (CRUZ, 2006, p. 89-91)

Isso ocorre exatamente porque no discurso o agir comunicativo é institucionalizado, e a situação ideal de fala é realizada através de regras procedimentais/processuais que garantem a isonomia entre as partes - interessados/afetados - ou seja, iguais oportunidades de se manifestarem.

O discurso, ademais, se realiza dentro da regulação trazida pelo Direito, que integra e garante, pela Constituição, um sistema de direitos fundamentais e procedimentais. Assim, por exemplo, o discurso é realizado no âmbito de uma ação judicial em que as partes se igualam em oportunidades de tecer suas versões dos fatos, de produzir provas, bem como se nivelam em conhecimento e tempo por meio das regras do processo e pela atuação de seus advogados, do Ministério Público e do Juiz.¹²⁵

No que toca ao discurso jurídico, especificamente, Habermas (1997), baseando-se em Günther (2004), o divide em duas dimensões, quais sejam, o plano da fundamentação¹²⁶ e o plano da aplicação do direito.

O discurso de fundamentação refere-se ao processo de criação da norma jurídica, do Direito, que se implementa, mormente, pelo legislativo. Mas

¹²⁵ "Habermas distingue entre atos de fala ordinários e uma forma especial de comunicação, o discurso, que consiste na fala destinada à fundamentação de pretensões de validade das opiniões e normas sociais. O discurso pressupõe essa 'situação ideal de fala' que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contrafactuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a idéia subjacente de ego e alter ego (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (que será adiante vista no que concerne ao conceito de mundo da vida)]; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso" (CRUZ, 2006, p. 88).

¹²⁶ Günther utiliza, em sua obra, o termo *justificação* e Habermas, por sua vez, fala em *fundamentação*. Utilizo-me de *fundamentação*, mas atribuindo serem expressões sinônimas.

em casos de criação de normas jurídicas por parte dos outros poderes (Executivo ou Judiciário), ambos deverão, também, se cingir aos termos e regras do discurso de fundamentação¹²⁷, bem como às prescrições constitucionais acerca da distribuição de competências e do princípio de separação de poderes.

No discurso de fundamentação são levantados todos e quaisquer argumentos¹²⁸, inclusive os de ordem valorativa e pragmática, pois é nele que serão discutidos os valores morais e éticos, as crenças religiosas, tradições, culturas, questões econômicas e políticas, etc.

Ademais, não só o agir comunicativo estará presente, mas também os agires instrumental e estratégico, tanto quanto os influxos da burocracia e do mercado, que se darão por meio de *lobbies* os mais variados, como os de empresários e de grupos político/ideológicos, pressões do governo para a

¹²⁷ "Certamente a divisão institucional não se conforma aos limites clássicos. Assim, quando Habermas trata dos discursos de fundamentação, ele tem em mente que essa função será exercida preferencialmente pelo Parlamento. Contudo, se o legislador político não for o Parlamento, ou seja, se o Executivo assumir tal papel, todos os elementos do discurso de fundamentação devem ser integralmente mantidos. De outro lado, quando Habermas (1997) fala dos discursos de aplicação, ele concebe primariamente o Judiciário no exercício de tal atribuição. Entretanto, isso não implica a ilegitimidade de um Tribunal Especial composto de Senadores, tal como ocorre no julgamento dos crimes de responsabilidade (*impeachment*)."
(CRUZ, 2004, p. 244-245).

¹²⁸ "O 'princípio da democracia' garante que o discurso de fundamentação se abra ao emprego de argumentos pragmáticos e para o uso ético-político da razão prática. Assim, a fundamentação de normas jurídicas (legislação) emprega a razão prática em toda a sua extensão. Seria irracional considerar que o legislador não se pautasse pela dependência contextual levando-o a trabalhar sem argumentos não-morais no momento volitivo da normatização do Direito. Os argumentos não-morais envolvem os pragmáticos e os ético-políticos. Os pragmáticos ligam-se à definição de meios necessários/adequados à realização de preferências ou objetivos da comunidade. Aí avaliam-se não apenas os meios, mas também os fins. É, pois, um elemento teleológico, finalístico, no qual se colocam discursivamente comparações e ponderações de alternativas para as técnicas/estratégias de ação. Já os argumentos ético-políticos envolvem debates sobre os ideais que pautam os projetos comuns de vida dessa comunidade, fixando os valores que a mesma realmente deseja para sua constituição. (...) No entanto, tais considerações não devem permitir que o Direito ceda lugar à política através de uma ponderação pura e simples de valores. Para que a argumentação pragmática e ético-política não se desnature em considerações meramente teleológicas, é preciso que as mesmas sejam formuladas na linguagem jurídica, compatibilizando-as simultaneamente através do 'discurso jurídico' e do 'princípio da soberania popular'. O 'princípio da soberania popular' exige que a legislação expresse a vontade da totalidade dos cidadãos, ou seja, que deixem de ser meramente destinatários do Direito, mas tornem-se seus co-autores." (CRUZ, 2004, p. 219-220).

conformação de normas que atendam a suas políticas, formação de maiorias contingentes/iludidas, etc.

Dessa forma, segundo Habermas (1997), o discurso de fundamentação deve ser implementado procedimentalmente, balizado pela situação ideal de fala a ser concretizada pelas regras do processo legislativo atreladas às normas Constitucionais, inclusive as de direitos fundamentais.

Assim, garante-se a realização do agir comunicativo, bem como que sejam suficientemente filtrados os agires instrumental e estratégico e os influxos da burocracia e do mercado, garantindo-se a legitimidade das normas criadas. Para tanto, por exemplo, há o controle de constitucionalidade, preventivo e repressivo, a previsão de crimes de responsabilidade, as normas constitucionais do processo legislativo, os princípios constitucionais processuais do devido processo legal e da ampla defesa, a possibilidade de instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito, etc.

Já o discurso de aplicação cuida da aplicação do direito para solução de casos concretos. Contrapondo-se à técnica hermenêutica da ponderação de valores, de Alexy (2001), cara aos comunitaristas, Habermas (1997) assevera que o direito opera num 'código binário'.

Em outras palavras, o direito deve ser aplicado em termos de *lícito/ilícito*, *constitucional/inconstitucional*, não se permitindo um escalonamento em graus de preferência, entre normas jurídicas, vez que são as normas morais, de valor, que permitem escolhas pautadas por um grau de preferibilidade.

No discurso de aplicação, portanto, não há espaço para argumentos de valor, sejam morais, culturais, de crenças pessoais, etc., vez que estes são argumentos pertencentes à lógica do discurso de fundamentação. Desse

modo, afasta-se a subjetividade e a parcialidade do julgador que deverá lançar mão tão somente do ordenamento jurídico e de suas normas jurídicas.¹²⁹

Assim, o aplicador do direito deve buscar a resposta correta, a norma adequada, dentre os princípios e regras existentes no ordenamento jurídico, no direito positivo, obedecendo-se ao código binário.

Não obstante, poderá o aplicador do direito, no discurso de aplicação, desenrolar o feixe de argumentos trabalhados no discurso de fundamentação, mas apenas para verificar se o processo legislativo e a Constituição, dentro dos limites dos princípios do pluralismo e da democracia, foram devidamente observados e, assim, se a situação ideal de fala foi concretizada. Não é dado ao julgador, neste caso, substituir, corrigir ou, mesmo, inovar argumentos valorativos ou pragmáticos no discurso de aplicação, sob pena de desvirtuá-lo em um novo e irregular discurso de fundamentação.

Dessa forma, constatando o aplicador do direito que a norma a ser aplicada é dotada de legitimidade, vez que na sua gênese imperou o agir comunicativo tendo sido devidamente filtrados os agires estratégico e instrumental, além dos influxos dos subsistemas do mercado e da burocracia, poderá resolver corretamente o caso concreto, aplicando a norma adequada.

Nesse sentido, no plano do discurso de aplicação, será observado o princípio da adequação, pelo qual, analisando e reconstruindo o caso concreto,

¹²⁹ "Habermas entende que a maneira pela qual Alexy concebe as leis de colisão e de ponderação implica uma concepção axiologizante do direito, pois a ponderação, nos moldes pensados pela teoria dos princípios jurídicos como mandados de otimização, só é possível porque podemos *preferir* um princípio a outro, o que só faz sentido se os concebemos como valores, pois é apenas porque são concebidos como valores é que os seres podem ser objeto de mensuração pela preferibilidade, constitutiva do próprio conceito de valor, uma vez que o valor, como aponta Lalande, pode ser entendido como o 'caráter das coisas consistindo em que elas são *mais ou menos estimadas* ou desejadas por um sujeito ou, mais ordinariamente, *por um grupo de sujeitos* determinados' (Lalande, 1960: 1183. Grifos meus). Ao assumir tal posição, Alexy confunde as normas jurídicas (e em especial os princípios) com valores, o que torna sua teoria inconsistente (...)" (GALUPPO, 2002, p. 179).

levando, necessariamente, em conta, todas as suas especificidades e levantando todos os dados relevantes do caso - da melhor forma possível -, o aplicador do direito, dentro da lógica do código binário, poderá construir a resposta correta, aplicando a norma jurídica mais adequada para resolver o caso concreto em questão.

A norma adequada, por sua vez, será encontrada dentro do ordenamento jurídico, objetivamente. Assim, afastam-se a subjetividade e a parcialidade marcantes na ponderação de valores, onde impera o princípio da proporcionalidade que permite ao juiz estabelecer uma ordem de preferência entre uma norma e outra, especialmente entre os princípios jurídicos que passam a ser tratados como valores.

Em assim sendo, o julgador, ao tratar princípios como valores, escaparia dos limites objetivos do código binário e do ordenamento jurídico. Os princípios, dessa forma, seriam tratados como comandos de otimização a serem aplicados numa ordem de preferências, incorrendo o aplicador no campo da subjetividade.

Nesse caso, o juiz finda por implementar um verdadeiro discurso de fundamentação, criando uma nova norma, ao invés de aplicar o direito, o que quebra a lógica tanto do código binário, quanto da separação dos poderes.

É exatamente nesses termos que a teoria do Poder Constituinte deve ser reconstruída, no âmbito da visão contemporânea, de modo que o mesmo seja um poder de direito, exercido no plano da fundamentação (Poder Originário e Poder de Reforma formalmente exercido por emendas ou revisão e pela ação legiferante/regulamentadora do legislador ordinário), ou, conforme o caso, no plano da aplicação (Poder de Reforma exercido pelas modalidades da

interpretação e aplicação do direito, no âmbito de ações judiciais diversas, tais quais as de controle da constitucionalidade e as de defesa de direitos fundamentais).

Com tais premissas, passa-se a uma reconstrução da teoria do Poder Constituinte conforme a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.

4.2 TITULARIDADE DO PODER CONSTITUINTE

Como visto, a idéia de Povo mensurada na visão moderna ainda se aproxima da de Nação verificada pela visão clássica, porquanto seja concebido como uma entidade (elemento subjetivo do Estado) amorfa e abstrata assente na realização de uma cidadania ativa, em meio a um conjunto de valores compartilhados pela comunidade.

Dessa arte, mesmo que se tenha buscado no âmago desse "povo" o indivíduo concreto, membro de uma sociedade pluralista, ainda assim a visão moderna o abstrai quando o integra a uma idéia de compartilhamento de um conjunto de valores, tradições, crenças, história e cultura, atrelando-o a uma dimensão axiológica compartilhada.

Essa concepção, como já verificado, de que o titular do Poder Constituinte deveria ser encontrado no cidadão/nacional, proporcionava toda sorte de exclusões, não podendo participar do processo constituinte, mesmo sendo interessados/afetados por ele, por exemplo, os estrangeiros e as minorias que não gozassem de direitos políticos ou de nacionalidade/cidadania ativa.¹³⁰

¹³⁰ "(...) o conceito de povo traz em si um forte viés do constitucionalismo clássico ao concebê-lo como catalizador de uma identidade cívica. Ou seja, a perspectiva de que o

Essa abstração do conceito de povo, entretanto, justificava-se para a configuração do Estado, compreendido nos termos de um Estado Nacional que deveria ter, necessariamente, os elementos clássicos do *território*¹³¹, *soberania*¹³² e *povo*¹³³.

Dessa sorte, sem 'povo' não haveria Estado e, sendo assim, o povo seria logicamente o titular do Poder Constituinte, poder criador da Constituição e do Estado. Em sendo assim, haveria a consolidação de uma identidade cívica que permitiria o reconhecimento mútuo entre os cidadãos, unidos em um sentimento de nacionalidade e de irmandade cívica, em torno de uma comunhão de valores, tradições, cultura, símbolos nacionais e língua¹³⁴.

Seria esse o fator determinante do sentimento de pertença dos cidadãos que se reconheceriam mutuamente como co-partícipes na sociedade na qual se integram. Isso permitiria um sentimento de solidariedade e de co-responsabilidade, vez que, assim, cada indivíduo poderia pensar e agir em termos de "nós", redundando na aceitação, por exemplo, do pagamento de

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. Em outras palavras, um super-dimensionamento do 'eu' individual em um 'eu' coletivo" (CRUZ, 2005, p. 20).

¹³¹ "Não existe Estado sem território. No momento mesmo de sua constituição o Estado integra um conjunto indissociável, entre outros elementos, um território, de que não pode ser privado sob pena de não ser mais Estado" (DALLARI, 1991, p. 76).

¹³² "O que se verifica, apesar disso tudo, é que o conceito de soberania é uma das bases da idéia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância para que este se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado" (DALLARI, 1991, p. 63).

¹³³ "É unânime a aceitação da necessidade do elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado, uma vez que sem ele não é possível haver Estado e é para ele que o Estado se forma" (DALLARI, 1991, p. 81).

¹³⁴ "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, 2001, p. 82).

tributos que seriam convertidos em ações sociais que beneficiariam, em tese, a todos os integrantes/cidadãos do Estado.

Ocorre que é exatamente esse fechamento em torno de um grupo específico que compartilha de um conjunto de valores de forma homogênea, de um princípio majoritário, que permitirá a existência de exclusões, de intolerância e de racismos.

O "outro", isto é, todo aquele que não se enquadre no conceito de cidadão/nacional, que não compartilhe do campo axiológico majoritário e homogêneo, poderá ser visto como um inimigo, um perigo à estabilidade social.

Desta feita, o "outro", assim concebido, pode vir a ser um grupo étnico minoritário ou excluído, pessoas com orientações sexuais divergentes dos padrões da maioria estabelecida, grupos políticos minoritários, ou o estrangeiro. Em síntese, qualquer pessoa ou grupo de pessoas que não compartilhem do conjunto de valores majoritariamente compartilhados.

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. (CRUZ, 2005, p. 21)

Entretanto, em um mundo globalizado, formado por sociedades pós-convencionais marcadas pelo pluralismo, cada vez mais a idéia de consciência cívica torna-se planetária, ou seja, além do sentimento de pertença a um dado país, ou a um grupo étnico local, também já se conforma outro sentimento, o de pertencer a uma mesma humanidade.

Isso permite uma reconstrução da titularidade do Poder Constituinte, com a idéia de um patriotismo constitucional, capaz de incorporar os elementos do pluralismo e da alteridade, num contexto de tolerância e respeito mútuos, marcas das atuais sociedades.

Habermas procura compreender a idéia 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 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. Dessa forma, um consenso sobre democracia, governo limitado, Estado de Direito e respeito sobre a melhor interpretação sobre o alcance e aplicação dos direitos fundamentais constituir-se-ia na aposta habermasiana para um novo *ethos* social de caráter universal. (CRUZ, 2005, p. 22)

Nesse sentido, o titular do Poder Constituinte não pode mais se limitar ao povo tido como o conjunto de cidadãos/nacionais, excluindo-se as minorias e os estrangeiros. Ao contrário, todos os interessados/afetados pelo processo constituinte e, por conseguinte, pela Constituição, vale dizer, os indivíduos em fluxo comunicativo, independentemente de sua etnia, orientação sexual, nacionalidade, valores ou crenças, serão os titulares do Poder Constituinte.

Dessa forma, o titular do Poder Constituinte será identificado e concretizado no caso concreto, quando estiver efetivamente exercendo esse poder, seja como Originário, seja como de Reforma.

Assim, v. g., quando dos movimentos políticos e sociais no Brasil, contra a ditadura militar, a campanha das "Diretas Já", as pressões populares e os *lobbies* de grupos econômicos e de elites políticas durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, a formação da Comissão de Estudos Constitucionais, conhecida como Comissão Arinos, a formação constante da

opinião pública durante os trabalhos constituintes feita largamente pela imprensa, etc., em tudo isso houve o efetivo exercício do Poder Constituinte.¹³⁵

Sendo assim, a titularidade desse poder foi, em cada caso, concretizada por cada pessoa ou grupo de pessoas participantes desse processo constituinte que saíram às ruas, integraram as comissões constituintes, participaram de grupos de pressão, etc.

(...) as gramáticas de práticas sociais instituintes dos horizontes de sentido em que levantamos pretensões a novos direitos e propostas organizacionais de nosso viver em comum é que fornecem o substrato de legitimidade necessário à emergência do poder constituinte originário, tornando visível a caducidade das instituições vigentes e apontando para a necessidade de ruptura institucional. O desgaste do regime ditatorial e o movimento pelas eleições diretas para Presidente, de início, catalisaram as forças instituintes. A proposta de uma constituinte ganhava sentido no bojo desse movimento que, no entanto, terminou sendo subsumido no acordo das elites com a candidatura Tancredo Neves/José Sarney no colégio eleitoral.

A legitimidade dessa Constituição não decorreu, é claro, de sua problemática convocatória, a Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985 à Carta autoritária de 1969, nem tampouco do processo eleitoral marcado pelo clima de continuísmo decorrente da não-exclusividade da Assembléia Constituinte e da adoção de um plano econômico que nos possibilitou viver no melhor dos mundos até o dia da eleição (...) 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 Tancredo Neves, e a posse como Presidente do Vice-Presidente José Sarney, as forças populares mobilizadas pela campanha das 'Diretas já' voltaram a sua atenção e interesse de maneira decisiva para os trabalhos constituintes, então em fase inicial, pois a de organização ou de definição do processo havia acabado de encerrar. Como resultado dessa renovada atenção, o tradicional processo constituinte pré-ordenado, contra todas as previsões, subitamente não mais pode ser realizado em razão da enorme mobilização e pressão populares que se seguiram, determinando a queda da denominada comissão de notáveis - a comissão encarregada da elaboração do anteprojeto inicial - e a adoção de uma participativa metodologia de montagem do anteprojeto a partir da coleta de sugestões populares. Canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada terminaram encontrando significativa acolhida no regimento revisto do processo constituinte; o despertar do interesse de todos alimentou e fomentou o aprofundamento dos debates, acompanhados por todo o país todas as noites através da televisão. Foi desse processo, profundamente democrático, que a Constituição hauriu sua legitimidade original, resultando de uma autêntica manifestação de poder constituinte, em razão do processo adotado. (CARVALHO NETTO, 2002, p. 43-45)

¹³⁵ "A intensa participação popular foi uma das marcas do processo constituinte. Foram apresentadas 122 emendas populares, que reuniram um total de mais de 10 milhões de assinaturas. Não seria nenhum exagero afirmar que o amplo sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal é, em boa parte, resultado desse processo de participação política" (CITTADINO, 2000, p. 50).

Da mesma forma, após a criação do texto constitucional, quando do exercício do Poder Constituinte de Reforma, qualquer interessado/afetado também poderá participar como seu titular, exercendo as vias formais e informais de modificação da Constituição, respeitando-se as limitações trazidas na Constituição, bem como aos princípios da democracia e da soberania popular.

Mais uma vez, será no caso concreto, na situação real, e não em um contexto de abstração e homogeneidade axiológica, que o titular do Poder Constituinte será encontrado, como, a exemplo, no âmbito de uma demanda judicial em que se exerça o controle difuso de constitucionalidade com a busca de defesa e implementação de direito fundamental.

O autor dessa ação judicial, cujo resultado poderá realizar uma alteração na Constituição por via de interpretação e/ou declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, poderá ser qualquer pessoa: um nacional ou um estrangeiro, homem ou mulher, heterossexual ou homossexual, religioso ou ateu, etc. Nesse momento, o titular do Poder Constituinte será encontrado de forma concreta.

Dessa forma, o conceito abstrato e axiologicamente homogêneo de povo, prevalente tanto na visão clássica quanto na moderna, poderá ser substituído pela idéia de sujeito constitucional.

Nesse contexto, qualquer interessado/afetado será um sujeito constitucional, encontrado e concretizado nas práticas constitucionais concretas. E essas práticas constitucionais não se conformam tão somente com uma idéia de democracia representativa, mas, além disso, coadunam com

a noção habermasiana de uma *democracia radical*, onde os indivíduos participam do jogo político e social diretamente, exercendo e exigindo a implementação de seus direitos fundamentais.¹³⁶

Nesse sentido, nas sociedades pós-convencionais em que impera o pluralismo, com as variadas noções de bem, individuais e de grupos sociais, Habermas (2003a), com seu patriotismo constitucional, concebe um Direito radicado na Constituição. A Constituição, por sua vez, fruto de um processo constituinte democrático, do qual todos os interessados/afetados participam discursivamente, será o ponto de união e integração da sociedade, substituindo a idéia de um *ethos* compartilhado.

4.2.1 A reconstrução da identidade do sujeito constitucional

A idéia de patriotismo constitucional, em que a Constituição discursiva e democraticamente estabelecida, nas sociedades pós-convencionais, substitui um *ethos* compartilhado, tornando-se o elo de ligação e de reconhecimento mútuo entre as várias identidades individuais e intra-subjetivas, associa-se ao reconhecimento de que a titularidade do Poder Constituinte deve ser atribuída a todos os interessados/afetados pela Constituição.

Ademais, o sujeito constitucional, titular do Poder Constituinte, não será identificado *a priori*, tal como se dava nas visões clássica e moderna, em que a Nação e/ou o Povo eram abstratamente compreendidos.

¹³⁶ "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 as gerações futuras" (CRUZ, 2005, p. 25).

Ao contrário, a identidade do sujeito constitucional deve ser constantemente construída e reconstruída, vez que o Poder Constituinte é algo que se realiza de forma perene e, não, em momentos pontuais ou episódicos, tampouco seu fruto, a Constituição, é algo datado, pronto e acabado num momento específico de um pacto fundador.

A Constituição é um projeto em constante construção e reconstrução, o que torna, repita-se, o exercício do Poder Constituinte em algo perene. Essa permanente construção e reconstrução da Constituição se dá exatamente pelo sujeito constitucional, em termos de um processo de aprendizagem ininterrupto.

Esse processo permanente de aprendizagem permite que, por um lado, os erros do passado, sempre lembrados e analisados criticamente, não sejam mais repetidos e, por outro, que o presente esteja em constante diálogo com o futuro.¹³⁷

É no contexto de um fluxo discursivo permanente em um processo de aprendizagem que a Constituição pode se manter sempre legítima, numa reconstrução do passado conforme o presente e voltada para o futuro.¹³⁸

Para tanto, deve-se buscar, em cada situação concreta, reconstruir a identidade do sujeito constitucional, de maneira conectada com a Constituição,

¹³⁷ "(...) é preciso anotar que não somos escravos dos valores sob os quais nascemos e nos criamos. Essa percepção fica clara 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. (...) Somente com uma análise crítica de nossos valores e tradições se torna possível a superação de preconceitos e pré-juízos que foram impostos ao longo da trajetória pessoal de cada um de nós. Uma análise crítica, não apenas sobre opiniões e pontos de vista contrários ou distintos dos nossos, mas também sobre os erros e os acertos cometidos ao longo do tempo em que estivermos por aqui. Em outros termos, um aprendizado por meio de uma seleção criativa sobre o 'acerto ou não' das opções que tomamos de forma a aperfeiçoar a tomada de futuras decisões no futuro" (CRUZ, 2005, p. 27).

¹³⁸ "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" (ROSENFELD, 2003, p. 18).

traçando o liame entre o momento do pacto constituinte enredado pelos legisladores constituintes, com as presentes e futuras gerações. Nesse sentido, a geração presente deve manter um diálogo permanente com os constituintes criadores do texto constitucional e com as futuras gerações, sempre que se estiver exercendo o Poder Constituinte.¹³⁹

Daí a compreensão de que o texto constitucional não é algo pronto e acabado¹⁴⁰, mas, ao contrário, possui um conteúdo semântico aberto e incompleto, que necessita ser permanentemente reconstruído, reinterpretado, vez que sujeito a variadas interpretações.¹⁴¹

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 objective, 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, 2004, p. 541-542)

¹³⁹ "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 revelar linhas de continuidade. Ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente. 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" (ROSENFELD, 2003, p. 18).

¹⁴⁰ "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, 1990, p. 111).

¹⁴¹ "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, 2003, p. 18).

Nesse sentido, importante a contribuição de Rosenfeld (2003), que aponta a necessidade da reconstrução da identidade do sujeito constitucional, a ser promovida procedimentalmente, pelos métodos da *negação*, *metáfora* e *metonímia*.

A negação funciona como mecanismo de reconstrução do passado, de modo que os erros cometidos, de qualquer ordem - guerras, ditaduras, interpretações preconceituosas, segregação, etc. -, possam ser identificados, analisados de forma crítica e expurgados, de modo a não serem mais repetidos no presente e no futuro.

Assim, a negação se dá quando o sujeito constitucional busca se definir, criando, inicialmente, para si, uma identidade negativa, quando efetivamente nega que seja o sujeito pré-constitucional. Portanto, são repudiadas as tradições, cultura, crenças e história existentes antes da criação da Constituição.

O sujeito constitucional, com isso, torna-se um vazio, uma ausência, a partir da qual poderá se (re)definir como um sujeito distinto do sujeito pré-constitucional, podendo, assim, criar sua identidade própria¹⁴².

Num segundo momento, após se reconhecer como ausência, o sujeito constitucional busca preencher este hiato interno desenvolvendo uma identidade positiva. Para tanto, o sujeito constitucional irá recorrer àquelas

¹⁴² "No primeiro estágio, a identidade do sujeito constitucional é a pura negação, porque o sujeito constitucional adquire uma identidade diferenciada, distinta, mediante a negação daquilo que é o sujeito pré-constitucional, ou seja, um mero produto das identidades cultural, histórica, étnica ou religiosa vigentes. (...) O sujeito constitucional chega a essa identidade puramente negativa mediante o repúdio ao passado pré-revolucionário; por meio da rejeição das identidades tradicionais; (...) da exclusão de qualquer tendência agressivamente, militantemente, antipluralista que pudesse derrotar o constitucionalismo; e, por fim, mediante a renúncia aos sonhos de hegemonia daqueles em condição de moldar o destino do sujeito constitucional. Enquanto pura negatividade, o sujeito constitucional experiencia a si próprio como uma ausência (...)" (ROSENFELD, 2003, p. 52).

identidades culturais, religiosas, históricas, que foram negadas e descartadas no primeiro momento.

Isso é necessário, segundo Rosenfeld (2003), porque o sujeito constitucional não pode permanecer como vazio, sob pena de os objetivos do constitucionalismo, quais sejam, o pluralismo e a democracia, não serem alcançados. Afinal, como ausência, o sujeito constitucional não poderia perseguir esses objetivos, não poderia interpretar, aplicar, vivenciar a Constituição, de modo que deverá adquirir uma identidade positiva.

Mas, ao recorrer às identidades pré-constitucionais que dantes foram descartadas, negadas, não significa que o sujeito constitucional esteja promovendo um retorno ao passado, tampouco assumindo as identidades pré-constitucionais tais como elas eram.

Ao contrário, essas identidades são resgatadas de forma seletiva, sendo amoldadas às novas realidades, restando adotadas apenas aquelas que possam permitir ao sujeito constitucional perseguir os objetivos do constitucionalismo. A partir disso, o sujeito constitucional pode construir sua identidade própria.¹⁴³

Por fim, para poder criar uma identidade positiva realmente sua, tendo-se como base a incorporação de elementos das identidades pré-constitucionais inicialmente descartadas, o sujeito constitucional se vê obrigado a promover o que Rosenfeld designou de a "negação da negação".

¹⁴³ "A busca por uma identidade positiva, marca, sobretudo, o segundo estágio do desenvolvimento lógico do sujeito constitucional. Mas uma tal identidade positiva só se torna possível se se recorre à mesmas identidades descartadas no primeiro estágio (...) O recurso às identidades descartadas no primeiro estágio não significa, contudo, um retorno ao terreno do pré-constitucional (...) Aplicando ao sujeito constitucional, isso significa que o segundo estágio é marcado pela incorporação seletiva das identidades descartadas e não por um retorno em larga escala às identidades pré-constitucionais (...) Essas tradições só são invocadas à medida que sejam capazes de servir aos interesses do constitucionalismo" (ROSENFELD, 2003, p. 53).

Ora, apenas negando a própria negação feita inicialmente, o sujeito constitucional pode perceber que aquela identidade positiva que inicia a ser construída terá sido moldada por sua própria vontade, tornando-se e percebendo-se um sujeito autônomo, que não é mais escravo das tradições, crenças, cultura e história do passado. Ao contrário, o sujeito constitucional percebe ser capaz de criar ou recriar sua própria identidade.¹⁴⁴

Dessa forma, o passado pode ser reconstruído de forma integrada com o presente, de modo a que quaisquer posturas ideológicas, políticas ou religiosas que sejam antipluralistas¹⁴⁵ e antidemocráticas, possam ser depuradas e interrompidas.

A *metáfora*, por sua vez, atua na construção da identidade positiva do sujeito constitucional, permitindo a verificação de similitudes, equivalências, buscando a identidade de fatores comuns, na dimensão da igualdade.

Desse modo, a metáfora opera a condensação que se traduz pelo processo por meio do qual são ressaltadas as similitudes, incorporando fatores comuns entre várias identidades, em detrimento das desigualdades.

Assim, a metáfora realiza uma série de substituições, descartando as diferenças e ressaltando as semelhanças, criando uma identidade comum que

¹⁴⁴ "A necessidade de construir para si uma identidade positiva, tendo como elementos possíveis as identidades antes descartadas, faz com que o sujeito constitucional se confronte com o dilema: o de ter que sobreviver enquanto identidade positiva, ao mesmo tempo que mantém uma identidade distinta e própria. Pela lógica dialética, ele se vê obrigado a negar sua subjetividade para manter a sua identidade. É a negação da negação. Somente dessa perspectiva, o sujeito constitucional é capaz de perceber que a identidade positiva é moldada pela sua vontade e não por forças externas alheias a seu controle. Ele se percebe, pela primeira vez, como autônomo. (...) o sujeito constitucional deve submeter a matéria-prima originada fora da esfera constitucional, na cultura, na tradição, na história, aos limites normativos do constitucionalismo, de forma a construir para si uma identidade positiva" (REPOLÊS, 2004, p. 156).

¹⁴⁵ "(...) é preciso ter por certo que toda inclusão gera necessariamente uma exclusão, afastando de plano qualquer concepção de pluralismo que se obrigasse a tolerar toda e qualquer prática, como por exemplo, seitas religiosas satânicas que impusessem o sacrifício humano como ato de fé" (CRUZ, 2005, p. 41).

atenda aos princípios do constitucionalismo, como o pluralismo, a tolerância e a democracia.

Como exemplo, Rosenfeld (2003) destaca a metáfora de que *todos os homens são iguais*, segundo a qual são descartadas as diferenças de ordem racial, cultural, de crenças, etc., ressaltando-se as similitudes entre todos os indivíduos, reconhecidos igualmente como agentes morais.¹⁴⁶

Essa metáfora encontra respaldo nos princípios do constitucionalismo, assente nas idéias de pluralismo, tolerância e democracia, segundo as quais não pode haver segregação racial ou trabalho escravo, por exemplo.

Por fim, diversamente da metáfora que atua no plano da abstração em busca de similaridades, a metonímia atua no eixo das diferenças, que são evocadas de forma contextualizada, em casos concretos, verificando-se a individualidade de cada situação fática.

Dessa sorte, a metonímia torna-se crucial para o discurso constitucional, vez que permite a análise das especificidades da situação concreta, tornando essa situação única em relação a outras situações fáticas. Isso é essencial diante do pluralismo e da diversidade que são marcantes nas sociedades atuais, onde não se sustentam apenas os discursos metafóricos que invocam somente semelhanças, sob pena de se causar a exclusão daqueles que não se enquadrarem no eixo de similitudes.

¹⁴⁶ "No domínio do discurso constitucional, por outro lado, a metáfora não somente opera o nível da retórica, mas também contribui ao assentar pontos cardeais de referência de ordem constitucional. (...) Assim, 'todos os homens são iguais' certamente enfatiza as similaridades à custa das diferenças e, em um exame mais acurado, e, em última instância, pode depender mais da substituição do que da combinação. Sem dúvida, não se trata tanto do fato de todos os seres humanos compartilharem certas características em comum, mas sim da proposição contrafactual de que todos os seres humanos são iguais enquanto agentes morais, que constitui a espinha dorsal do universo normativo associado ao constitucionalismo" (ROSENFELD, 2003, p. 64).

Portanto, além das igualdades abstratas deduzidas do processo metafórico, também é crucial o reconhecimento das diferenças contextualizadas nos casos concretos, promovido pela metonímia. Metáfora e metonímia, em conjunto, são fundamentais para a construção da identidade do sujeito constitucional no âmbito do pluralismo.¹⁴⁷

O exemplo se repete: enquanto pela metáfora pode-se abstratamente conceber que todos os homens são iguais, pela contextualização promovida pela metonímia, em cada caso concreto, a correta aplicação dessa máxima implica na obrigatória observância das diferenças e demandas particulares existentes na realidade.¹⁴⁸

Destarte, diante do pluralismo e da democracia, compreendendo-se a Constituição como um projeto inacabado que necessita de permanente construção e reconstrução, também o sujeito constitucional será um conceito aberto e impreciso, cuja identidade necessita ser continuamente (re)construída.

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

¹⁴⁷ "A metonímia também joga um papel muito importante no discurso constitucional, porque ela permite a contextualização essencial à manutenção de um constitucionalismo que implique a pluralidade e a heterogeneidade. No contexto da pluralidade, a identidade constitucional não pode apoiar-se apenas nas semelhanças, sob pena de fazer com que alguns indivíduos ou grupos passem a se subordinar a outros. Há que se levar em consideração também as diferenças presentes nos contextos concretos" (REPOLÊS, 2004, p. 151).

¹⁴⁸ "O processo metonímico também contribui para a definição da identidade do sujeito constitucional. Ao passo que ao constitucionalismo importam o pluralismo e a heterogeneidade, a identidade constitucional não pode ser reduzida à mera relação de semelhança. Precisamente porque a identidade constitucional deve preencher o vazio, o hiato entre o 'eu' e o 'outro', ela deve incorporar as diferenças por meio da contextualização para evitar a subordinação de uns aos outros no interior do mesmo regime constitucional" (ROSENFELD, 2003, p. 74).

mediatizadas pela negação para a produção de uma reconstrução plausível de um sujeito constitucional adequado. (ROSENFELD, 2003, p. 83)

Portanto, no discurso constitucional, o titular do Poder Constituinte será todo e qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos, que sejam direta ou indiretamente interessados/afetados pelo processo constituinte e pela Constituição, mas que serão identificados e concretizados a cada caso concreto, por meio da (re)construção da identidade do sujeito constitucional, podendo-se encontrar, nesse processo, um nacional, um estrangeiro, uma associação, uma empresa, etc.

4.3 NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DO PODER CONSTITUINTE

Antes de se falar especificamente do Poder Constituinte, sobre o poder deve-se perguntar, essencialmente, o que é, quem o exerce, e, principalmente, como é exercido. Com respeito à última indagação: se contra alguém, ou a favor de alguém.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Para a teoria crítica/irracionalista de Foucault, diversamente, o poder abrangerá uma relação de produção/dominação e, não, uma relação de imposição ou acordo como ora se propõe. Ocorre que Foucault, por ser um pensador crítico e descrente na razão, desconhece o discurso e sua estrutura, tal como concebido pela Teoria Discursiva. E é exatamente o discurso que irá determinar a relação de poder. Assim, caso a relação de poder ocorra discursivamente, implementando-se o agir comunicativo em situação ideal de fala, de modo que os agires estratégico e instrumental possam ser depurados, bem como filtrados os influxos do mercado e da burocracia, ter-se-á uma relação de acordo e o resultado será um consenso. Ao contrário, não se implementando o discurso, a relação de poder resultará numa imposição. Foucault apenas verificou a segunda hipótese. Nesse sentido, Cruz (2006): "Dando seguimento ao seu projeto, Foucault avançaria ainda mais com a *Microfísica do poder*, no qual a razão se desfaz completamente - ou pelo menos desemboca em uma crise irreversível - diante do jogo plural e difuso do poder, que se manifestando das mais diversas formas e nuances, conectado por maneiras distintas, como conhecimento, o dinheiro, a fé, o mito da autoridade e até a força bruta, se especializa em impedir os oprimidos de 'falar' e de 'saber'". (CRUZ, 2006, p. 125). Cf., também, Foucault (2004).

Essas questões são cruciais para o entendimento acerca do Poder Constituinte. O que é e o que significa esse poder? Quem exerce esse poder? Como esse poder é exercido? Contra ou a favor de quem?

Com relação à primeira indagação (o que é esse poder?), primeiramente deve-se tentar obter uma visão geral.

O poder, em qualquer situação deve ser entendido como uma relação de imposição ou de acordo. O poder, então, diz respeito a uma situação em que algo ou é imposto ou aceito por alguém.

A relação será dual: imposição ou acordo. Mas, de qualquer forma, a resultante da relação de poder será uma submissão. O que permeia essa relação, portanto, estará em saber se a submissão ao poder será fruto de coerção, ou de acordo/aceitação.

Mas há um fator comum: tanto a coerção/manipulação, quanto o acordo/aceitação, advém de uma relação intersubjetiva. Vale dizer, só há coação quando alguém impõe, através do exercício do poder, algo a outrem. E só há aceitação, quando o poder é exercido por alguém, em face de outrem e com sua autorização.

Também se aponta uma diferença e esta é crucial: submeter-se ao poder por imposição ou por aceitação. A imposição implica em coação/manipulação, ou seja, na supressão da vontade, da liberdade e da autonomia. A aceitação, por outro lado, indica uma relação de respeito, de convencimento, de debate, de exercício do discurso, de liberdade, de autonomia.

Assim, se submeter a algo por força de coação/manipulação, implica em imposição, em supressão da vontade de alguém pela vontade de outrem, por

meio da violência, do medo, do constrangimento, ou seja, pelo exercício do agir estratégico ou do agir instrumental.

Já o submeter-se a algo como resultado de aceitação, decorre do debate, do discurso, da vitória do melhor argumento, ou seja, do exercício do agir comunicativo em situação ideal de fala.

Ao contrário, submeter-se a algo por imposição, significa que esse algo, para o submisso, não é visto como obra de sua criação. O submisso, nessa hipótese, não se vê como criador desse algo, mas apenas como seu destinatário. Daí, o resultado da imposição será marcado pela ilegitimidade, vez que será marcante a ausência do discurso.

Por outro lado, submeter-se a algo por aceitação, significa que o submisso se vê como criador e, também, como destinatário desse algo. Decorre que o fruto da aceitação será dotado de legitimidade. Aqui, o discurso terá sido implementado, depurando-se os agires estratégico e instrumental, tanto quanto outros fatores externos de coação ou manipulação, como os influxos da burocracia e do mercado.

Nesse sentido, importante explicar que o termo “submissão” é aqui entendido como *agir conforme os ditames do poder instituído*, o que pode se dar por coação ou por aceitação. Pela coação/manipulação, o submisso age conforme os ditames do poder instituído apenas como seu destinatário. O exercício desse poder é, então, ilegítimo.

Pela aceitação, de outra forma, o submisso age conforme os ditames do poder instituído como seu criador e, também, seu destinatário. O exercício desse poder é legítimo. Nesse caso vêm-se respeitados os princípios da soberania popular e da democracia.

Assim é que, em se tratando do exercício do Poder Constituinte, bem como de seu resultado, há se verificar se o foi por meio do agir estratégico ou do agir instrumental, o que se dá em meio à prática de coação/manipulação ou, ao contrário, se seu exercício deu-se discursivamente, através do agir comunicativo, no plano da fundamentação ou da aplicação, conforme o caso, e balizado pela situação ideal de fala.

Num primeiro momento, vejamos o exercício do Poder Constituinte Originário como agir estratégico (coação/imposição) e como agir comunicativo (aceitação), o que nos remeterá à verificação dos sujeitos constitucionais que efetivamente terão exercido esse poder.

Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário é exercido no plano do discurso de fundamentação, de modo que toda sorte de argumentos morais, éticos, políticos, econômicos, pragmáticos, estarão em jogo. Sendo assim, para que haja um legítimo e democrático exercício desse poder, todos estes argumentos devem ser discursivamente debatidos¹⁵⁰.

Desse modo, deve ser implementado o discurso, balizado pela situação ideal de fala, vez que se reconhece, de antemão, a existência dos agires estratégico e instrumental, bem como dos impulsos dos subsistemas do mercado e da burocracia¹⁵¹, manifestados por meio dos *lobbies*, da formação de grupos conservadores, pela busca de realização de interesses pessoais por

¹⁵⁰ "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 manifestações 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, 2002a, p. 280-281).

¹⁵¹ "Se por um lado, o processo constituinte sofre influxos do agir estratégico dos sistemas que colonizam o mundo d 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." (CRUZ, 2005, p. 47).

parte de alguns políticos e setores da elite dominante, etc., fatos que notoriamente ocorrem em qualquer processo legislativo, inclusive no âmbito do processo constituinte.

Nesse sentido, o discurso agirá como limite ao Poder Constituinte, de modo que os agires estratégico e instrumental e os influxos dos subsistemas da burocracia e do mercado sejam devida e suficientemente depurados, dando lugar para o agir comunicativo.

Destarte, afasta-se da concepção moderna que situava os direitos fundamentais substantivados, a cultura, as crenças, as tradições e os valores majoritariamente compartilhados no seio social, como sendo os fatores limitadores da ação do Poder Constituinte Originário.

Ao contrário, tendo-se o discurso como limite ao Poder Constituinte Originário, os direitos fundamentais são compreendidos em duas vertentes. A primeira, procedimentalmente, ou seja, como regras de argumentação que possibilitam a formação de um consenso a partir do livre debate sobre as mais variadas questões.

Desse modo, os direitos fundamentais procedimentais perdem qualquer conotação substantiva, pois que são compreendidos como direitos à fala, à argumentação, à participação no discurso por qualquer interessado/afetado. São, assim, viabilizadores da concretização da situação ideal de fala.¹⁵²

¹⁵² "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 acerca das 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 resumir-se-á à perspectiva do indivíduo de participar na implementação dos discursos sociais de fundamentação e de 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 os demais interessados. Da mesma forma, a igualdade é entendida como idêntica possibilidade de acesso ao discurso, seja como orador ou apartados do processo de comunicação lingüística" (CRUZ, 2005, p. 33-34).

Dessa forma, Habermas, segundo Cruz (2005, p. 34), define os direitos fundamentais procedimentalmente compreendidos como sendo: "(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."

Com isso, percebe-se que esses direitos, tidos como verdadeiras condições possibilitadoras da implementação do discurso, serão responsáveis por estabelecer, na prática discursiva, a situação ideal de fala que, por sua vez, será concretizada deixando de ser apenas um dado contrafactual.¹⁵³

É por esse motivo que Cruz (2005), de acordo com Habermas (1997), associa os direitos fundamentais procedimentais à implementação do discurso, asseverando que:

(...) todos esses direitos podem ser compreendidos como 'condições que possibilitam a prática discursiva', ou seja, condições para que qualquer comunidade humana possa se fazer compreender e buscar consensos ou acordos 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 quanto dos direitos sociais como o direito do trabalho e à dignidade da pessoa humana, que, por óbvio, devem receber garantia judicial, 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

¹⁵³ "Temos que lançar mão do *medium* do direito, caso queiramos implementar no processo de legislação - **com o auxílio de iguais direitos de comunicação e de participação** - o princípio do discurso como princípio da democracia. Entretanto, o estabelecimento do código jurídico enquanto tal já implica direitos de liberdade, que criam o *status* de pessoas de direito, garantindo sua integridade. No entanto, **esses direitos são condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras**, eles não podem *circunscrever* a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem" (HABERMAS, 1997, p. 165, v. 1). Destacamos.

vistos tanto como componente essencial do 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 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*.

Ademais, nenhum desses direitos, que se assumem com 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*. (CRUZ, 2005, p. 34-35)

Apenas ao cabo do processo constituinte o texto constitucional irá incorporar/positivar seu rol de direitos fundamentais, agora na sua segunda dimensão, qual seja, a de direitos substantivos.

Verifica-se, desse modo, que os direitos fundamentais substantivos são frutos do discurso¹⁵⁴, criados por ele, adquirindo, assim, densidade de conteúdo. Dessa forma, vê-se superada a visão moderna do Poder Constituinte a qual tomava os direitos fundamentais substantivos, densificados, como sendo limites ao exercício do Poder Constituinte, concebendo-os como anteriores ao próprio Estado.

Ao contrário, na visão contemporânea, esses direitos fundamentais apenas terão seus conteúdos densificados após (ou durante) a criação do texto constitucional, e pelo próprio discurso.

O conteúdo que será atribuído aos direitos fundamentais criados pelo discurso no processo constituinte, ademais, dependerá do momento histórico

¹⁵⁴ "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" (HABERMAS, 2003a, p. 170-171).

em que forem produzidos, vez que atrelados à realidade de determinado mundo da vida que lhes conferirá significado.¹⁵⁵

Dessa maneira, o discurso será o único limite à atuação do Poder Constituinte Originário, cujo processo constituinte será implementado respeitando-se os direitos fundamentais procedimentalmente compreendidos. Assim, o exercício do Poder Constituinte Originário será balizado pela situação ideal de fala, que será concretizada exatamente por meio daqueles direitos fundamentais, de modo a imperar o agir comunicativo.

Portanto, ocorrerá a hipótese da aceitação, vez que predominará o agir comunicativo, sendo que o Poder Constituinte Originário será exercido pelos autênticos sujeitos constitucionais, ou seja, por todos aqueles direta ou indiretamente afetados pelo seu resultado: o texto constitucional.

Vale dizer, por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, nativos ou estrangeiros, que participem do discurso constituinte, ou que, em momento posterior ao da gênese constitucional, venha a participar de sua (re)construção discursiva, por meio do exercício do Poder Constituinte de Reforma.

Destarte, a Constituição resultante terá uma gênese democrática, do que redundará sua ampla aceitação. Todos os interessados/afetados, participantes do discurso constituinte, ver-se-ão, simultaneamente, como criadores e destinatários da Constituição e com ela se identificarão. Essa constituição terá nascido legítima.

¹⁵⁵ "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 obterem substância. É claro que tais discursos se fazem sob um mundo da vida específico que os possibilita. O exercício do **discurso de fundamentação** de qualquer norma, inclusive a Constituição, ocorre em torno de um pano de fundo histórico determinado, implicando a concepção diferenciada do conteúdo dos direitos fundamentais" (CRUZ, 2005, p. 36).

Mas aqui também vale ressaltar que, ao longo de sua existência, essa constituição pode se tornar ilegítima. Quanto mais corrupção nas esferas políticas dos poderes instituídos, quanto mais exclusão social, desrespeito aos direitos fundamentais, ou seja, quanto mais forem restringidos os sujeitos constitucionais¹⁵⁶, mais rapidamente se estará caminhando rumo à ilegitimidade constitucional.

Ademais, caso não seja o discurso devidamente implementado no processo constituinte, imperarão os agires estratégico e instrumental e os influxos dos subsistemas do mercado e da burocracia, de modo que o Poder Constituinte Originário seja exercido antidemocraticamente¹⁵⁷.

Os sujeitos constitucionais serão, assim, restritos e o exercício do Poder Constituinte Originário será marcado pela falta de democracia de modo que seu resultado será um texto constitucional imposto a todos aqueles (minorias, estrangeiros, maiorias iludidas) excluídos do processo constituinte, que não se identificarão com a Constituição, vez que não se sentirão como seus criadores, mas apenas como seus destinatários. Essa Constituição será ilegítima no seu nascedouro.

Nada obstante, vez que a Constituição é um projeto em constante construção e reconstrução, num fluxo discursivo permanente de aprendizagem,

¹⁵⁶ Como exemplo de grave restrição/diminuição dos sujeitos constitucionais, aponta-se a EC nº 3/1993 à Constituição brasileira de 1988, que ampliou as hipóteses do controle concentrado de constitucionalidade com a introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que, ao lado da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, possui um rol restrito e limitado de legitimados para sua propositura perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103 da CF/88). Agrega-se a isso a cada vez maior adoção pelo STF da técnica da ponderação de valores, bem como a adoção da tese não concretista que retirou a eficácia do Mandado de Injunção. Também, mais recentemente, a edição da EC nº 45/2004, que atribui ao STF a competência para editar súmulas com efeito vinculante para todo o Poder Judiciário, o que pode redundar na banalização e enfraquecimento da via difusa de controle de constitucionalidade, diminuindo, ainda mais, os sujeitos constitucionais e a própria prática democrática.

¹⁵⁷ Por exemplo, por um déspota, ditador, imperador, etc., ou por um grupo de pessoas na forma de uma oligarquia formada por uma elite dominante, uma junta militar, um grupo de golpistas, etc. Será o caso de uma Constituição outorgada, imposta.

bem como o Poder Constituinte atua de forma perene, mesmo tendo essa Constituição uma gênese antidemocrática, ilegítima, por conta da ausência do discurso no processo constituinte, ao longo de sua existência ela pode vir a ser legitimada até o ponto de tornar-se efetivamente legítima¹⁵⁸.

Isso pode ocorrer através da (re)construção da identidade do sujeito constitucional, por meio da *negação*, da *metáfora* e da *metonímia*, com a instituição e/ou ampliação de procedimentos democrático/democratizantes¹⁵⁹, tais como, por exemplo, uma jurisdição constitucional democrática, pelo critério difuso, ou ações constitucionais garantidoras de direitos fundamentais individuais ou coletivos, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação popular (art. 5º da CF/88), nas quais qualquer interessado seja legitimado ao seu exercício, o que amplia a esfera dos sujeitos constitucionais.

Dessa forma, por meio de instrumentos de democracia, os mais variados, pode o discurso ser constantemente implantado, tanto no exercício do Poder Constituinte Originário, quanto do Poder Constituinte de Reforma, legitimando-se, continuamente, o texto constitucional. O Poder Constituinte, então, passa a ser entendido como um procedimento perene possibilitando um constante processo de aprendizagem.

Nessa esteira, com base na teoria discursiva, pode-se evitar ou reverter um quadro de ilegitimidade constitucional. Isso se dá quando se compreende

¹⁵⁸ Como ocorrido nas constituições da Alemanha e do Japão, por exemplo, que se originaram mediante pressão dos países aliados, principalmente os Estados Unidos e a Inglaterra, vencedores da segunda guerra mundial, os quais praticamente outorgaram essas constituições cujos termos foram fruto de imposição externa. Mesmo assim, tais constituições foram, ao longo da sua existência, absorvidas e aceitas pela população daqueles países que vieram a se identificar com elas através da prática constitucional, tornando-as legítimas.

¹⁵⁹ Democráticos, vez que garantidores do exercício da democracia, tais como os direitos fundamentais e suas respectivas ações constitucionais. Democratizantes, porque, quanto mais utilizados e efetivados esses instrumentos, mais concretizada será a praxis democrática. A expressão "democrático/democratizantes", por isso, significa um movimento dialético e auto-constutivo de uma implementação e ampliação constantes da prática democrática.

que o Poder Constituinte, em um paradigma democrático, deverá ser exercido discursivamente, por meio do agir comunicativo e em situação ideal de fala, por todos os direta ou indiretamente afetados/interessados.

Assim, o exercício do Poder Constituinte passa a ser compreendido como algo constante, perene, afastando-se das visões clássica e moderna que concebem sua atuação em momentos episódicos, específicos, exaurindo-se após a conclusão de sua obra - um novo texto constitucional ou uma alteração no mesmo.

Ademais, quando o discurso é implementado no processo constituinte, depuram-se os agires instrumental e estratégico e as investidas do mercado e da burocracia, imperando os princípios da democracia e da soberania popular.

E isso pode ocorrer no momento da criação do texto constitucional, através do Poder Constituinte Originário, ou em qualquer outro momento posterior, por meio dos instrumentos democrático/democratizantes, no âmbito do Poder Constituinte de Reforma.

No marco da visão contemporânea, com base na teoria discursiva, portanto, a Constituição é entendida como um projeto sempre em construção e reconstrução. Em outras palavras, a Constituição não é vista como algo acabado e definitivo, fechado em si mesmo.

Ao contrário, a Constituição possui tessitura aberta, estando em permanente fluxo discursivo. É essa peculiar e fundamental característica que torna o processo constituinte e a própria Constituição em algo perene, num processo de aprendizado constante.

Esse fluxo discursivo, no qual se encontra permanentemente a Constituição, ademais, afigura-se exatamente nos variados instrumentos

democrático/democratizantes garantidos pelos direitos fundamentais procedimentais no âmbito do processo constituinte e, posteriormente, pelos direitos fundamentais substantivados na própria Constituição.

Desse modo, os sujeitos constitucionais podem ser identificados como sendo quaisquer interessados/afetados que se encontram intersubjetivamente em fluxo comunicativo no mundo da vida.

Como exemplo pode-se apontar o controle difuso de constitucionalidade, por meio do qual qualquer pessoa, ou grupo de pessoas, seja um brasileiro nato, naturalizado ou um estrangeiro, estando no Brasil, goza da proteção aos direitos fundamentais (art. 5º da CF/88).

Nesse passo, qualquer deles pode promover uma demanda judicial, perseguindo uma tutela jurisdicional com vistas a garantir/gozar direito fundamental, ou afastar ameaça a esse direito (art. 5º, XXXV, da CF/88).

No desenrolar dessa demanda (caso concreto), pode ocorrer o controle incidental de constitucionalidade. Ao final da demanda, o incidente de inconstitucionalidade poderá ser decidido, em última instância, via recurso extraordinário (art. 102. III, da CF/88), pelo Supremo Tribunal Federal, que terá por base toda uma teia argumentativa democrática e discursivamente construída no decorrer do caso concreto, pelas partes afetadas/interessadas nas instâncias ordinárias.

Por essa decisão, por sua vez, estar-se-á interpretando/reinterpretando a Constituição, ou seja, mais uma etapa do projeto que é a Constituição estará sendo construída, no processo de aprendizagem.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Comparativamente, a noção de Constituição em constante construção e reconstrução encontra-se em Dworkin, com a idéia do Direito entendido como um romance em cadeia, para a construção do direito como integridade. Assim, na Constituição projeto, sempre que é interpretada/reinterpretada, mais um capítulo do 'romance constitucional' estará sendo

Disso decorrem as seguintes conclusões: 1) Em sendo a Constituição um projeto inacabado em constante construção/reconstrução, o Poder Constituinte é perene; 2) Encontrando-se a Constituição em um fluxo discursivo permanente, os titulares do Poder Constituinte serão todos os interessados/afetados, identificados concretamente quando da efetivação, em casos/situações concretas, do discurso constitucional; 3) Sendo assim, necessária se faz a (re)construção da identidade do sujeito constitucional; 4) O Poder Constituinte é limitado apenas pelo discurso e sua natureza será jurídica; 5) Quanto ao seu exercício, poderá se dar pelas mais variadas formas, não se cingindo apenas à configuração de uma Assembléia Constituinte; 6) A legitimidade da Constituição decorre da prática discursiva do Poder Constituinte que pode ocorrer na gênese constitucional ou em qualquer momento posterior. Sendo assim, a legitimidade deve, também, ser constantemente implementada.

5 CONCLUSÃO

A visão moderna do Poder Constituinte seja na vertente dos liberais, seja no âmbito do comunitarismo, a despeito de ter trazido importantes e substanciais novidades com respeito à visão clássica, ainda esbarra em problemas que não conseguiu superar. Assim, mesmo tendo partido da constatação de serem as sociedades atuais plurais, concebe a titularidade do

produzido, levando-se em conta os capítulos anteriores e deixando a abertura necessária para futuros capítulos. Nesse sentido, também Rosenfeld, com sua noção de que a identidade do sujeito constitucional passa pela (re)construção do passado, das tradições (*negação*), com a criação de novas tradições (*metáfora*) ou a (re)interpretação/incorporação das tradições em novos contextos (*metonímia*). Vide: Dworkin (1999) e Rosenfeld (2003).

Poder Constituinte como sendo do Povo, concebido e identificado na reunião de indivíduos dotados de cidadania.

Dessa forma, os indivíduos integrantes do Povo, assim reconhecidos, passam a ser portadores de distintos projetos de vida digna, bem como sujeitos historicamente situados e dotados de diferentes culturas, crenças, tradições, etnias, etc.

Nada obstante, quando esses indivíduos são considerados na qualidade de um povo a quem se atribui a titularidade do Poder Constituinte, a visão moderna finda por considerá-lo em massa, como sendo um bloco homogêneo condicionado por um conjunto de valores majoritariamente compartilhados no seio social.

Nessa esteira, o Poder Constituinte que era considerado um poder ilimitado na visão clássica, passa a ser visto como limitado na visão moderna. Isso é possível, já que, na visão moderna, esse poder passa a ser jurídico. E os limites serão exatamente os dados culturais, étnicos, das tradições compartilhadas pelo povo, bem como os direitos humanos historicamente situados, compreendidos substantivamente e colocados numa dimensão de suprapositividade.

Isso faz com que a visão moderna, mais uma vez, se aproxime da visão clássica, que definia a Nação ou o Povo como sendo o grupamento de indivíduos unidos politicamente, compartilhando de uma identidade cultural e concretizado no cidadão, ou seja, no indivíduo dotado do *status* de cidadania e de nacionalidade.

Entretanto, o titular do Poder Constituinte, diante do fenômeno da globalização e do pluralismo social, não pode mais ser centrado na figura do

cidadão/nacional, sob pena de se permitir a exclusão de vários indivíduos que se vejam, em dado contexto, direta ou, mesmo, indiretamente afetados e interessados pelo projeto constituinte.

Desse modo, não só o cidadão, mas qualquer interessado/afetado no jogo constitucional - inclusive o estrangeiro, as minorias, os excluídos - poderá, em uma dada situação concreta, assumir a titularidade do Poder Constituinte.

Essas questões podem ser superadas e redimensionadas a partir de uma reconstrução da teoria do Poder Constituinte de acordo com a Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, no seio da visão contemporânea do Poder Constituinte. Dessa forma, a visão contemporânea irá substituir a noção de povo, axiológica e homogeneamente compreendida nas visões clássica e moderna, pela idéia de patriotismo constitucional e de sujeito constitucional.

Ademais, o Poder Constituinte não será mais limitado por valores, tradições ou crenças, tampouco por direitos fundamentais substantivos que, aliás, apenas refletem, em termos de direitos positivados, aquele conjunto de crenças e valores tidos como majoritários.

Ao contrário, a única limitação ao Poder Constituinte Originário será o Discurso, balizado pela situação ideal de fala, sendo este poder exercido no plano da fundamentação.

Quanto ao Poder Constituinte de Reforma, todas as suas limitações, de ordem formal ou material, bem como formas de manifestação, seja por emendas ou revisão, ou mesmo pelas mutações informais, também deverão ser exercidas discursivamente e respeitando-se a identidade do sujeito constitucional, sob pena de serem ilegítimas/inconstitucionais quaisquer alterações à Constituição.

Destarte, o Poder Constituinte, desde que discursivamente exercido, seja o Originário, seja o de Reforma, terá seu resultado, o texto constitucional ou uma sua alteração, marcado pela legitimidade, vez que o discurso apenas se implementa tendo como base o respeito aos princípios da democracia e do pluralismo.

Nesse contexto, a atuação do Poder Constituinte não mais será episódica, presa a um momento histórico específico de um pacto fundacional e tampouco se exaure quando da realização do texto constitucional.

Ao contrário, o Poder Constituinte discursivamente compreendido será visto como um poder de atuação perene e seu produto, a Constituição, entendida como um projeto em constante (re)construção. Por conseguinte, a forma de execução do Poder Constituinte será a mais variada, importando apenas que os princípios da democracia e do pluralismo sejam discursivamente implementados.

Desse modo, os sujeitos constitucionais poderão ser situados como criadores e também destinatários da Constituição, o que lhe conferirá legitimidade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Tradução de Zilda Hutchinson Schild da Silva. São Paulo: Landy, 2001.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Lúcia. **Habermas: filósofo e sociólogo do nosso tempo.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BÖKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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 Luiz, n. 9, jan./dez. 2002.

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

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença. As ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. 2005, no prelo.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**. Tradução e notas de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EWALD, François. **Foucault. A norma e o direito**. São Paulo: Vega, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOUCAUT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2004.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988. Interpretação e crítica**. São Paulo: RT, 1990.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

GÜNTHER, Klaus. **Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica**. Tradução de Leonel Cesarino Pessôa. Cadernos de Filosofia Alemã 6, p. 85-102, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional. Ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002a.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2 v. 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada.** Tradução de Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002b.

HABERMAS, Jürgen. **Razão comunicativa e emancipação.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HABERMAS, Jürgen. **Soberania popular como procedimento.** Novos Estudos n. 26, março de 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação.** *Ensaaios filosóficos.* Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional.** Madrid: Instituto Editorial Reus, 2ª ed., 1927.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JEVEAUX, Geovany Cardozo. **Direitos adquiridos em face da constituição – proposta de um novo paradigma.** Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro, em 2003.

JELLINECK, Georg. **Teoria general del estado.** Buenos Aires: Albatrós, 1954.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

MATTOS, Patrícia Castro. **As visões de Weber e Habermas sobre direito e política.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PRATES, Francisco de Castilho. **Identidade constitucional e interpretação no estado democrático de direito: a assunção do risco.** OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coordenador). *Jurisdição e hermenêutica constitucional.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Lisboa: Editorial Presença, 1993.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **A construção da identidade do sujeito constitucional em teorias hermenêuticas representativas dos paradigmas de estado e de direito modernos.** Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix, [2004?].

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte.** São Paulo: Atlas, 1986.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O poder constituinte. A natureza e titularidade do poder constituinte originário.* São Paulo : Sugestões Literárias, 1980.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional. Construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion. Reimpresion.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [1927?].

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que lê Tiers État?** Tradução de Norma Azevedo; organização e introdução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SIEBENEICHLER, Flávio. Prefácio. HABERMAS, Jürgen. **Era das transições.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

SIEBENEICHLER, Flávio. Prefácio. HABERMAS, Jürgen. **Razão comunicativa e emancipação.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular. Estudos sobre a constituição.** São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TELLES JUNIOR, Godoffredo. **O povo e o poder. O conselho do planejamento nacional.** São Paulo: Malheiros, 2003.