



Hélcio Corrêa

REFLEXÕES PARA UMA NOVA TEORIA SOBRE O PODER CONSTITUINTE: a tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições

53

THOUGHTS ON A NEW CONSTITUENT POWER THEORY: the constitutional patriotism thesis for overcoming ancient patterns

Flávio Quinaud Pedron

RESUMO

Objetiva demonstrar que o discurso teórico sobre o Poder Constituinte não é unísono, sendo normalmente transmitido aos estudantes como uma mescla de duas tradições teóricas – a clássica e a moderna.

Discute seus principais argumentos, os quais, afirma, não são capazes de nortear um estudo adequado a um paradigma democrático de Direito, e, por fim, apresenta uma terceira leitura a partir da noção de patriotismo constitucional, apropriada pela Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de J. Habermas.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Poder Constituinte; Teoria Discursiva do Direito e da Democracia; patriotismo constitucional.

ABSTRACT

The author intends to show that theoretical speech about the constituent power does not stem from a single direction, being usually conveyed to students as a mixture of two theoretical traditions – the modern and classical ones.

He brings up its main arguments, which, in his opinion, are insufficient to conduct a proper study on Law democratic paradigm. At the end, he presents a third interpretation based on the concept of constitutional patriotism that has been introduced into Habermas' Discursive Theory of Law and Democracy.

KEYWORDS

Constitutional Law; constituent power; Discursive Theory of Law and Democracy; constitutional patriotism.

1 INTRODUÇÃO: TRÊS LEITURAS CONCORRENTES NO DISCURSO JURÍDICO ATUAL

Ao longo dos estudos que optaram por uma abordagem dogmático-constitucional sobre a figura do Poder Constituinte, pode-se observar a existência de três agrupamentos teóricos (ou momentos teóricos), reunindo um conjunto de tradições e visões de mundo sobre o tema: tradicional, moderno e contemporâneo.

Todavia, aqui vai o alerta de que a quase totalidade dos manuais olvidam (ou desconhecem) tal diferenciação, limitando-se à construção de uma narrativa que mistura a visão tradicional com a visão moderna, e deixam de lado a visão contemporânea – de maior complexidade –, talvez na busca do desenvolvimento de uma Teoria Geral do Poder Constituinte¹. A tentativa de construir-se uma versão didática de explanação sobre o Poder Constituinte – adequada à presente proposta – é um desafio que faz com que aborremos, à parte, a visão contemporânea, que recebe importantes contributos da tese do patriotismo constitucional de Jürgen Habermas.

54

Em sua releitura moderna, o Poder Constituinte (quer originário, quer derivado de reforma) é assumido a partir de marcos democráticos, que trazem para a figura de povo (noção pluralista) sua titularidade.

A versão clássica da teoria do Poder Constituinte é, principalmente, oriunda dos trabalhos de autores como Sieyès, Burdeau, Duguit, Carré de Malberg e Esmein. No Brasil, a figura de destaque é Manuel Ferreira Filho, cuja doutrina atribui a autoria do conceito de Poder Constituinte derivado decorrente (SOUZA CRUZ, 2006, p. 48). Aqui, o Poder Constituinte na modalidade originária seria o poder de fato (não-jurídico) criador de uma nova ordem jurídica por meio de um novo texto constitucional. Seu titular seria, antes de tudo, a nação, como elemento sociológico que constataria um compartilhamento homogêneo de tradições, língua, religião, numa dada sociedade. Por ser um poder de fato, é ilimitado e incondicionado.

Já a versão moderna traz, a partir do século XX, uma nova leitura do Poder Cons-

tituinte. Dentro dessa (re)leitura, temos a mudança de titularidade da Nação para o Povo – figura que foi aos poucos reconstruída para abarcar uma noção pluralista. As preocupações em distinguir os procedimentos democráticos de procedimentos não-democráticos levaram os constitucionalistas a pensar o seu exercício para além da Assembléia Constituinte, incorporando instrumentos de decisão popular como o plebiscito e o *referendum*. No estudo do Poder Constituinte derivado, tal concepção lança luzes aos processos de “mutações informais” da Constituição, como elementos de modificação do significado da norma constitucional, sem qualquer alteração no próprio texto.

Por fim, a leitura contemporânea é realizada à luz dos pressupostos teóricos trazidos pela teoria discursiva do direito e da democracia de Jürgen Habermas e explorada pelos componentes da Escola Mineira de Direito Constitucional – e bem reconstruída nos ensaios Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas, de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira² e Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional, de Álvaro Ricardo de

Souza Cruz (2006). Aqui a noção de Poder Constituinte é conectada à de Patriotismo Constitucional, permitindo um questionamento mais radical sobre não apenas a dinâmica do Poder Constituinte, mas ainda, sobre a concepção moderna de legitimidade política, a partir da idéia de autonomia (política, jurídica e moral) (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 33). Assim, o ato fundador da Constituição de um Estado passa a ser tomado como um “processo de aprendizado social capaz de se corrigir a si mesmo”, tendo continuidade e prosseguimento no transcurso de gerações. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 35).

2 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

2.1.1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA

A leitura clássica do Poder Constituinte – condizente com o paradigma liberal³

– compreendia-o a partir de duas subdivisões: Poder Constituinte originário e o Poder Constituinte derivado.

O primeiro tinha por escopo a criação de uma nova ordem constitucional, e poderia decorrer ou da elaboração em Assembléia Constituinte de um novo texto constitucional, ou da modalidade de outorga (estabelecimento da Constituição por declaração unilateral do agente revolucionário)⁴, destruindo, assim, a ordem jurídica anterior.

Um nome de destaque dentro dessa tradição é o do abade de Sieyès, para quem o Poder Constituinte originário representava um modo de legitimação do poder político da nação (seu titular), que criava uma nova ordem para a sociedade, quebrando com uma ordem eminentemente tradicional (dinástica) anterior. É possível identificar aproximações em seu pensamento com os contornos da teologia, notadamente a idéia de onipotência do Poder Constituinte originário que cria do nada todo um novo ordenamento jurídico (MENDES, 2007, p.187).

Por isso mesmo, afirmam os autores – em sua grande maioria positivistas – ligados a esta corrente que seria um poder de fato, isto é, uma manifestação extra-jurídica que, como poder revolucionário, não encontrava derivação em qualquer norma jurídica do ordenamento jurídico de posto⁵. Por ter sua natureza divorciada do universo jurídico, os autores dessa linha de compreensão são se preocuparam em realizar qualquer análise ou estudo a respeito de sua legitimidade (SOUZA CRUZ, 2006, p. 49-50).

Não é sem razão que, para Carl Schmitt (1927), a Constituição era compreendida como um conjunto de decisões sobre a unidade política do Estado, de modo que o Poder Constituinte era, então, entendido como a vontade política dotada de força ou autoridade para dar concretude a tal decisão, que, por sua vez, dispunha a forma e a identidade política⁶.

Dado seu caráter revolucionário, Raul Machado Horta, como outros autores, associavam sua forma à do “Golpe de Estado”⁷, o que é equivocado, pois o “Golpe de Estado” se caracteriza como movimento de usurpação do poder. A seu turno, a revolução é então um movimento rápido e profundo na estrutura social e no sistema do poder. Todavia, afirmar isso não

quer dizer que a revolução seja fruto da violência, como é muitas vezes mal-interpretado. (CARVALHO, 2005, p. 178).

Por ser uma expressão do fato social, afirma-se como um poder sem limites, sem condições e autônomo, por isso mesmo, inicial, ou seja, capaz de traçar a nova ordem constitucional como bem desejar⁸.

2.1.2 CONCEPÇÃO MODERNA

Em sua releitura moderna, o Poder Constituinte (quer originário, quer derivado de reforma) é assumido a partir de marcos democráticos, que trazem para a figura de povo (noção pluralista) sua titularidade. Quanto a sua natureza, são tomados como manifestações jurídicas e, por isso mesmo, pertencentes à seara do universo jurídico.

Como consequência, passa a ser compreendido como limitado, marcando uma inovação quanto ao pensamento anterior (SOUZA CRUZ, 2006, p. 58). Tais limitações seriam de ordem:

- Espaciais (territoriais): vinculando o Poder Constituinte a uma base territorial determinada;
- Culturais: uma vez que o povo é o titular do poder constituinte, é de se esperar um condicionamento a partir de tradições, da cultura, enfim, do pano de fundo cultural compartilhado por aquela sociedade¹⁰. Por isso mesmo, como bem observa Álvaro Ricardo de Souza Cruz, o constitucionalismo moderno ainda não consegue se livrar da herança clássica, acabando por aproximar os conceitos de povo e de nação¹¹;
- “Direitos Humanos”: consolidando-se a partir da segunda metade do século XX e marcando uma retomada do pensamento jusnaturalista e uma reação ao horror do holocausto nazista, passou-se a defender a limitação do Poder Constituinte originário a direitos suprapositivos¹² contra a deliberação majoritária, ou provenientes dos tratados pactuados sobre direito internacional.

As limitações ao Poder Constituinte originário, então, marcam uma nova compreensão acerca do tema: seu “exercício” não mais representa uma “ruptura integral com o edifício jurídico sustentado pela Constituição anterior”. Logo, o constitucionalismo moderno marca-se como opositor da tese da originalidade do Poder Constituinte originário, afirmando sim uma continuidade “formal e material” entre o novo texto e seu antecessor¹³.

Basta lembrar da figura da recepção de normas infraconstitucionais pela nova Constituição, que pode se dar pela via expressa¹⁴ ou implícita (ou tácita). Atribui-se a Kelsen a teorização sobre o fenômeno da recepção ao buscar conciliar o Poder Constituinte originário e o vácuo legislativo originado da instauração de uma nova ordem constitucional. A leitura, então, dos antigos diplomas normativos devem se dar à luz da nova Constituição, sendo esta – e não a anterior – a fonte de fundamento para tais normas.

Mas a norma pretérita não guarda compatibilidade de conteúdo com o novo texto constitucional? A doutrina constitucional diverge afirmando uma corrente tratar-se de revogação enquanto outra afirma ser caso de inconstitucionalidade superveniente: *Situar o problema numa ou noutra dessas vertentes rende consequências práticas diversas, a mais notável delas sendo a de que apenas se entendido que o caso é de inconstitucionalidade superveniente haveria a possibilidade de o Su-*

*premo Tribunal Federal apreciar a validade da norma em ação direta de inconstitucionalidade. Se a hipótese for vista como de revogação, por outro lado, os tribunais não precisam de quorum especial para afastar a incidência da regra no caso concreto. Se o que há é revogação, o problema se resumirá a um juízo sobre a persistência da norma no tempo*¹⁵.

Na jurisprudência do STF, o acolhimento da tese da revogação deu-se com o precedente da ADI 02-DF, em 1997. Em voto do relator, Min. Paulo Brossard, invocou-se a doutrina tradicional para afirmar que a norma inconstitucional é nula absolutamente, tendo invalidade desde a entrada em vigor da nova Constituição¹⁶.

Já a versão moderna a partir das lições de Jellineck irá conceber o titular do Poder Constituinte na figura do Povo – como conceito jurídico – em vez da Nação – conceito este fortemente ligado a noções sociológicas e antropológicas.

E o que aconteceria àquela lei produzida por um ente da Federação no regime constitucional anterior, sendo, com a nova ordem constitucional, a mesma competência legislativa e transferida para figura diversa? É o que se chama de “inconstitucionalidade formal”: *Gilmar Ferreira Mendes é dos poucos autores a enfrentar o assunto. Ensina que “não há cogitar de uma federalização de normas estaduais ou municipais, por força de alteração na regra de competência”. Por isso sustenta que se o tema era antes da competência, por exemplo, dos Municípios e se torna assunto de competência federal com a nova Carta, não haveria como aceitar que permanecessem em vigor como se leis federais fossem – até por uma impossibilidade prática de se federalizar simultaneamente tantas leis acaso não coincidentes* (MENDES, 2007, p. 196)

Todavia, o entendimento é pela manutenção da lei federal no caso de alteração da competência para as legislaturas estaduais e municipais. (MENDES, 2007, p. 196).

Outro fenômeno dentro da dinâmica constitucional é o da repriminção – que estaria ligada ao retorno da vigência de uma lei com o advento de uma nova Constituição, mas que restabeleceria sua vigência quando tal Constituição é revogada por uma terceira Carta Constitucional. A restauração da eficácia de tal lei é inviável, não se admitindo a repriminção sob o fundamento da segurança das relações. A exceção a tal regra, fica a cargo do novo texto constitucional expressamente revigorar aquela lei. (MENDES, 2007, p. 197).

2.2 TITULARIDADE E DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

2.2.1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA

Para a compreensão clássica – que corresponde ao paradigma liberal – o Poder Constituinte Originário como criador de um novo texto constitucional encontrava na figura da Nação o seu “titular”. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 48). Tal idéia decorre da obra de Abade Sieyès, *O que é o Terceiro Estado?*¹⁷ e irá buscar afirmar uma identidade entre o povo e seus representantes; estes últimos, por sua vez, se reuniriam com o único propósito de formar uma Assembléia Constituinte para redação do texto constitucional.

Importante frisar que o conceito de nação acaba por envolver uma idéia de homogeneidade cultural, lingüística, econômica e política, como lembra Álvaro Ricardo de Souza Cruz, de modo que compartilham *um mesmo passado de tradições e eventos históricos [que] une os cidadãos em torno de um projeto comum* (2006, p. 49), qual seja: uma ruptura com o antigo ordenamento jurídico a partir da instauração de uma nova ordem constitucional.

A partir dessa tradição e do compartilhamento dos mesmos valores éticos, religiosos e culturais, um grupo pode até arrogar-se a condição de representante desse Poder Constituinte, mas ao fazer isso, necessariamente, deverá agir no sentido de obter acolhimento dos valores dominantes, sob pena de perda do seu reconhecimento como Poder Constituinte originário. Caso contrário, estaríamos apenas diante de uma insurreição – o que representa não um movimento político, na visão de alguns constitucionalistas, mas um ilícito penal. (MENDES, 2007, p. 189).

Por isso mesmo, nessa concepção há de se destacar uma exigência de eficácia atual: quem atua como poder constituinte originário *deve-se consistir numa força histórica efetiva, apta para realizar os fins a que se propõe*. (MENDES, 2007, p. 189). Mais que um querer ser legitimado, essas pessoas têm de estar legitimadas, pois devem produzir uma decisão sobre a nova ordem jurídica, que revê ter acatamento pelos submetidos a ela.

A partir da máxima de que *quem pode o mais pode o menos*, a titularidade do Poder Constituinte derivado foi também associada ao mesmo titular do Poder Constituinte originário (SOUZA CRUZ, 2006, p. 50). Uma vez que só a ele caberia a criação de um novo texto constitucional, igualmente, caberia sua alteração ou modificação parcial.

2.2.2 CONCEPÇÃO MODERNA

Já a versão moderna a partir das lições de Jellineck¹⁸ irá conceber o titular do Poder Constituinte na figura do Povo – como conceito jurídico – em vez da Nação – conceito este fortemente ligado a noções sociológicas e antropológicas. Com o avanço do constitucionalismo, incorporando maiores complexidades, que marcam a construção e a dinâmica social moderna, a noção de “povo” incorpora feições pluralistas trazendo uma preocupação com a tolerância e o direito à diferença¹⁹. É claro que o “povo” aqui não pode ser tomado como sinônimo de um “bloco de cidadãos ativos”, mas em seu sentido político, como conjunto de pessoas que atuam a partir de idéias, interesses e representações de ordem política (CANOTILHO, 2002, p. 75). Assim, a mesma noção de novo não pode ser reduzida ao numerário de cidadãos ativos ou mesmo ao elemento majoritário, ultrapassando tudo isso. O problema se radicaliza no fato de que para tal tradição constitucional ainda não se operou uma separação e distinção necessária entre povo e nação.

Os chamados “direitos adquiridos” ocorrem quando determinada pessoa já teve preenchido todos os requisitos normativos para obtenção de certa vantagem ou prerrogativa, mas dela ainda não desfrutou.

Bruce Ackerman (1991, v. 1, p. 192), constitucionalista norte-americano, é importante para anotar que o Poder Constituinte

te originário se manifesta para além do modelo da Convenção (SOUZA CRUZ, 2006, p. 56). No quadro histórico norte-americano, anota três momentos constitucionais: *a fundação dos Estados Unidos, ocasião em que uma Convenção de representantes dos treze Estados se transformou em Assembléia Constituinte; no período da Reconstrução, em que o modelo de federalismo dual cedeu espaço para um federalismo cooperativo com uma ampliação significativa das competências federais; e por último, com a implantação do Estado Social, ali implementado sem qualquer alteração na Constituição, mas por via infraconstitucional, em especial pelo conjunto de normas ordinárias que deram forma à política intervencionista de Franklin Delano Roosevelt (New Deal)*²⁰.

O constitucionalismo moderno também lança novas luzes quanto ao “exercício” do Poder Constituinte preocupando-se em classificá-lo como democrático ou não-democrático. Este último se caracteriza pela usurpação da vontade popular, [...] *seja por arbítrio de um Imperador (Brasil/1824), de um ditador (Brasil/1937), de uma facção política (União Soviética/1919), ou por potências estrangeiras, tais como as Constituições dos países da antiga ‘Cortina de Ferro’ ou como a Carta Japonesa de 1947 e a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, ambas aprovadas diante de clara pressão dos países ocidentais, em especial dos Estados Unidos* (SOUZA CRUZ, 2006, p. 57).

Em sentido inverso, um exercício democrático do Poder Constituinte está ligado ao respeito da vontade popular, que pode se manifestar: pelo processo democrático representativo – circunstância em que o povo elege representantes livremente; ou pelo processo democrático direto, que prevê, além das eleições de representantes, um plebiscito (antecedente aos trabalhos) ou um *referendum* (homologatório ou não dos trabalhos) (SOUZA CRUZ, 2006, p. 57). A atual Constituição adotou o primeiro modelo.

A supervalorização da Assembléia Constituinte levou à afirmação de que esta não estaria submetida às pressões oriundas do Poder Executivo ou mesmo do poder econômico.

3 PODER CONSTITUINTE MATERIAL E PODER CONSTITUINTE FORMAL

É comum a discussão na doutrina brasileira sobre Poder Constituinte material e sobre Poder Constituinte formal (BONAVIDES, 2004, p. 317-319).

O primeiro termo é utilizado para designar a força política geradora da mudança na ordem jurídica do Estado; sendo assim, representa um antecedente lógico do Poder Constituinte formal, de modo que é responsável por fixar o conteúdo das normas constitucionais (CARVALHO, 2005, p. 182-183).

Já o Poder Constituinte formal é termo utilizado para designação da entidade (grupo constituinte) que formaliza as normas constitucionais, conferindo ao conjunto uma estabilidade. Dado o enfoque positivista – e acrítico – a doutrina constitucional se preocupou mais em sistematizar as suas manifestações que em analisar a legitimidade de seus atos, identificando as seguintes formas de expressão:

- ato unilateral singular (por exemplo, a outorga);
- ato unilateral plural (ato de representação mas conectado ao ato de manifestação direta);
- ato constituinte bilateral (combina institutos representa-

tivos e democracia direta ou semi-direta); e

- ato constituinte plurilateral (com a participação de instâncias distintas do poder representativo) (CARVALHO, 2005, p. 183-184).

4 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DIREITOS ADQUIRIDOS

Os chamados “direitos adquiridos” ocorrem quando determinada pessoa já teve preenchido todos os requisitos normativos para obtenção de certa vantagem ou prerrogativa, mas dela ainda não desfrutou. Suponhamos que, diante de tal hipótese, ocorra a alteração da Constituição, passando agora a proibir tal vantagem.

O próprio texto constitucional pode determinar que se respeitem os benefícios daqueles cidadãos que já estiverem usufruindo de tais vantagens. Mas, segundo as leituras tanto modernas quanto clássicas sobre o Poder Constituinte originário, a nova Constituição pode dispor diferentemente, eliminando o benefício, já que este Poder supostamente seria ilimitado e incondicionado. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes e co-autores: *Não se pode esquecer que a Constituição é o diploma inicial do ordenamento jurídico e que as suas regras têm incidência imediata. Somente é direito o que com ela é compatível, o que nela retira o seu fundamento de validade. Quando a Constituição consagra a garantia do direito adquirido, está prestigiando situações e pretensões que não conflitam com a expressão da vontade do poder constituinte originário. O poder constituinte originário dá início ao ordenamento jurídico, define o que pode ser aceito a partir de então. O que repudiado pelo novo sistema constitucional não há de receber status próprio de um direito, mesmo que na vigência da Constituição anterior o detivesse. Somente seria viável falar em direito adquirido como exceção à incidência de certo dispositivo da Constituição se ela mesma, em alguma de suas normas, o admitisse claramente. Mas, aí, já não seria mais caso de direito adquirido contra a Constituição, apenas de ressalva expressa de certa situação* (MENDES, 2007, p. 198-199).

Por isso, a jurisprudência do STF se firmou do sentido de não reconhecer a invocação de “direitos adquiridos”

que sejam contrários à Constituição em vigor²¹. Desse modo, apenas o constituinte pode criar exceções ou regras de transições, se entender como melhor tal situação.

Mas se tal direito adquirido não for contrário, ele tem aplicação produzindo efeitos exigíveis e sendo respeitado pela Nova Constituição.

5 PODER CONSTITUINTE DERIVADO: CONCEITO E LIMITAÇÕES

5.1 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

As discussões acerca do Poder Constituinte de reforma estão muitas vezes associadas ao problema do tempo no Direito. O Poder Constituinte originário e sua obra, a Constituição, assumem uma expectativa de perenidade no tempo, gerando segurança jurídica e previsibilidade das relações sociais. Todavia, imaginar um ordenamento jurídico e mais, ainda, uma Constituição, que não seja adaptada e consciente da abertura para mudanças, significaria sobrecarregar o Poder Constituinte originário, já que, para pequenas mudanças, muitas vezes, meramente pontuais, exigir-se-ia um processo de ruptura constitucional.

Uma corrente contrária à existência das cláusulas pétreas, [...] advogam a tese da indistinção entre Poder Constituinte originário e de reforma, já que o exercício, em democracias, é igual – isto é, escolha popular de representantes eleitos [...].

Para tanto, o mesmo Poder Constituinte já trazia em sua construção a previsão de um mecanismo de alteração/atualização. Trata-se, ao mesmo tempo, de um procedimento que deverá ser necessariamente observado, como ainda de imposição de limites a serem observados (MENDES, 2007, p. 203).

5.1.1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA

O Poder Constituinte derivado, na concepção clássica sobre o tema, era aquele destinado à modificação parcial do texto da Constituição. Importante destacar que tal tradição não teceu estudos no sentido de identificar uma distinção entre poder de reformar e poder de revisão, tratando ambas as vertentes como indiferenciáveis.

Sua natureza jurídica assumida como poder jurídico estabelecia, por consequên-

cia, limitações e condições para seu exercício, subordinando-o às definições do próprio Poder Constituinte originário. Tratado como um axioma – sem muitas explicações e argumentos – Burdeau o submeteu à Constituição, afirmando a impossibilidade de alterar todo o seu texto, sob pena de usurpar espaço e poder do Poder originário (SOUZA CRUZ, 2006, p. 50). Dentro desse grupo o pensamento divergente fica a cargo de Duguit que também concebia o poder de reforma como igualmente ilimitado²².

Esta teoria fala, então, em quatro modalidades de limitações:

- Temporais: representa uma determinação feita pelo próprio Poder Constituinte originário no sentido de suspensão das manifestações do Poder Constituinte de reforma (notadamente Emendas à Constituição) objetivando uma estabilização das relações jurídicas durante um determinado momento no tempo²³;

- Circunstanciais: por determinação do Poder Constituinte originário, o texto constitucional traz uma vedação para alterações em períodos de agitação política extrema, seja em razão de fatores naturais (catástrofes), seja sociais (golpes, guerra civil ou externa). Ainda, no caso

aspecto é quanto à titularidade da proposição da Emenda à Constituição: (1) 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (2) Presidente da República; e (3) mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados-membros, manifestando-se, em cada uma, pela maioria relativa dos seus membros²⁵.

• Limitações substantivas ou materiais: são, normalmente, identificadas na forma das chamadas “cláusulas pétreas da Constituição” (ou cerne imodificável) (CARVALHO, 2005, p. 187); ou seja, o Poder Constituinte originário determina por meio do texto constitucional, que alguns elementos essenciais – ligados à identidade da Constituição – fiquem intocados de alteração (SOUZA CRUZ, 2006, p. 54). Na Constituição de 1988, esses elementos estão definidos no art. 60, § 4º (mudança da forma federativa; manutenção do voto direto, secreto, universal e periódico; separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais).

Todavia, não é pacífico a defesa desse rol de limites, e muitos autores, inclusive, mostram-se perplexos quanto a tal vedação, indagando o porquê da distinção no Direito Constitucional, uma vez que tanto a modalidade originária quanto a modalidade derivada são representadas por pessoas escolhidas democraticamente²⁶. Todavia, sua justificação está por constituir um verdadeiro núcleo essencial do projeto constituinte, razão pela qual, mesmo sendo permitida a mudança pontual, mostrar-se-ia fechada a via para uma ruptura radical.

Uma corrente contrária à existência das cláusulas pétreas, representada por autores como Loewenstein e Barthélemy, advogam a tese da indistinção entre Poder Constituinte originário e de reforma, já que o exercício, em democracias, é igual – isto é, escolha popular de representantes eleitos (MENDES, 2007, p. 207). Outra corrente já parte do pressuposto de que as normas que estabelecem as cláusulas pétreas apresentam preceitos juridicamente vinculantes, mas não imunes às alterações e revogações. Assim, as próprias limitações fixadas pelo constituinte originário poderiam sofrer alterações. O sentido básico, então, de tais cláusulas, seria a de proporcionar uma maior estabilidade, mas sem absolutizá-las.

Quando ao conteúdo das cláusulas pétreas, ainda há polêmica em se definir se além dos direitos individuais (expressamente determinados no art. 60, § 4º), também haveria igual proteção aos direitos sociais.

Em defesa de tais limitações materiais, busca-se consagrar o parâmetro das opções essenciais do constituinte originário, acusando de “desvio de poder” a tentativa de alteração desse núcleo essencial. Se imaginássemos a atividade de revisão da Constituição como algo destacado, autônomo, acabaríamos por romper a linha distintiva das modalidades originárias e derivadas, bem como o sistema de rigidez constitucional, autorizando não a reforma do texto constitucional, mas a construção de um novo texto constitucional substitutivo. Outra leitura busca ligar as cláusulas pétreas aos valores formadores e norteadores da identidade constitucional de uma sociedade, de modo que as alterações acabariam correndo risco de romper com este sistema axiológico e esfacular, ou, pelo menos, descaracterizar tal

identidade (MENDES, 2007, p. 208).

Apresentando sua posição, Gilmar Mendes entende que a estrutura das cláusulas pétreas é mais principiológica do que redacional. Dessa feita, não é a alteração de sua redação que se mostra vedada pelo constituinte originário, mas a desnaturação de seu núcleo essencial, ou seja, os “bens constitucionais” que ela pretende preservar intocados. Logo, não haveria qualquer problema em alteração de seu texto ou mesmo em mudança de sua disciplina, mas sim na situação de supressão ou aniquilação²⁷, desfigurando-se a obra do constituinte originário.

Havendo dúvidas quanto à ocorrência de violação dos limites impostos pelo constituinte originário, o Judiciário pode ser acionado para se manifestar quanto à (in)constitucionalidade. Tal situação é pacífica desde o início da primeira República²⁸. Posteriormente, reconheceu a possibilidade de se questionar, por via de mandado de segurança, a desobediência à cláusula pétreas, antes de a proposta se transformar em emenda à Constituição²⁹. Todavia, a legitimidade para tal ajuizamento é exclusiva do parlamentar federal – já que seria ele o convocado para participar da deliberação.

Quanto ao conteúdo das cláusulas pétreas, ainda há polêmica em se definir se além dos direitos individuais (expressamente determinados no art. 60, § 4º), também haveria igual proteção aos direitos sociais. Uma corrente advoga que, uma vez não havendo inclusão expressa pelo constituinte originário, dever-se-ia assumir o entendimento que este optou pela ausência de proteção especial. Corrente contrária, por sua vez, compreende que não pode haver a exclusão dos direitos sociais do rol de cláusulas pétreas, isso porque, se assumirmos uma compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, não podemos tomá-la como satisfeita apartada do valor social do trabalho, da construção de uma sociedade justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais. Tudo isso se materializa, ou pelo menos, mostra-se umbilicalmente conectado aos direitos sociais (MENDES, 2007, p. 214).

Mas se as cláusulas pétreas, por um lado, criam obstáculo para exclusão (abolição) de direitos fundamentais nelas previsto, admitir-se-ia para o constituinte de reforma a faculdade de inclusão de novos direitos dentro deste rol protetivo? Para Gilmar Mendes (2007, p. 215), se a função das cláusulas pétreas é a limitação da atividade de reforma da Constituição, parece ser descabido ou desprovido de razão imaginar que o Poder Constituinte derivado objetivar-se-ia limitar a si mesmo. Porém, uma advertência deve ser feita: *É possível que uma emenda à Constituição acrescente dispositivos ao catálogo dos direitos fundamentais sem que, na realidade, esteja criando direitos novos. A emenda pode estar apenas especificando direitos já concebidos pelo constituinte originário* (MENDES, 2007, p. 215). Ou seja, temos um direito já existente dentro do rol, só que agora melhor explicitado. Um exemplo foi o que aconteceu com o *direito à prestação jurisdicional célere* que, por meio do inc. LXXVIII, agregou-se ao art. 5º da Constituição pela Emenda n. 45/2004. Este já existia, porém implicitamente no “direito ao acesso à Justiça”³⁰.

A partir da mesma Emenda à Constituição, passou-se a admitir que os tratados aprovados em cada Casa do Congresso

Nacional, por dois turnos, com *quorum* de 3/5 dos seus membros, passam a ser equivalentes às emendas constitucionais.

Como anteriormente discutido quando abordamos a temática do Poder Constituinte Originário, ficou assentada a tese doutrinária tradicional de que o direito adquirido não poderia ser op-nível àquele. Resta agora analisar se tal garantia poderá ser atingida por uma emenda constitucional.

Desde já, destacamos haver duas correntes colidentes: uma em sentido afirmativo e outra em sentido negativo. Sendo assim, uma corrente buscará na história do instituto do direito adquirido demonstrar que seu destinatário é o Legislador Ordinário, e nunca, o Poder Constituinte, seja qual for sua modalidade. Reforça-se tal argumento invocando a literalidade do art. 5º, XXXVI, que traz que “a lei” não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (MENDES, 2007, p. 217). A corrente contrária, por sua vez, argumenta que a garantia do direito adquirido foi concebida também contra o constituinte de reforma, não podendo ser suprimida. Ora, “lei” aqui não poderia ser tomada em seu sentido literal, mas interpretada de maneira adequada, como abrangente de todo instrumento normativo, o que inclui as emendas à Constituição. Ivo Dantas descreve bem o absurdo da primeira corrente, que com seu argumento, então, acabaria por reconhecer que o direito adquirido poderia ser atingido por um decreto legislativo ou por uma resolução (DANTAS, 1997, p. 61). Em outra linha, alguns autores lembram que o instituto do direito adquirido não pode ser separado da proteção à segurança jurídica (art. 5º, *caput* da Constituição de 1988)³¹.

5.1.2 CONCEPÇÃO MODERNA

A concepção moderna de Poder Constituinte derivado de reforma traz novidades a sua disciplina, sendo a principal a *consideração de que a Constituição pode sofrer alterações informais, ou seja, uma evolução nas dimensões sintática, semântica e pragmática do texto* (SOUZA CRUZ, 2006, p. 61), sem alteração no seu texto³². Tal fenômeno ficou conhecido pelo nome de *mutações informais da Constituição*.

Anna Cândida Ferraz desenvolveu uma célebre monografia sobre o tema, a partir do pensamento de Burdeau, percebendo que a legislação infraconstitucional, os costumes e a hermenêutica seriam suas modalidades³³.

A “interpretação” como forma mais simples de “mutação informal” da Constituição opera sob as bases da abertura textual e da polissemia da Constituição, revelando o que Bonavides³⁴ chamou de paradoxo: se, por um lado, contribui para a evolução do Direito, supostamente impedindo eventos revolucionários, por outro, revelou-se uma abertura para a insegurança jurídica, correndo o risco de diluir a Constituição em uma total fluidez³⁵.

Mas se as cláusulas pétreas, por um lado, criam obstáculo para exclusão [...] de direitos fundamentais nelas previsto, admitir-se-ia para o constituinte de reforma a faculdade de inclusão de novos direitos dentro deste rol protetivo?

Outra fonte de “mutação” é a atividade legislativa, capaz de solucionar problemas como as lacunas do texto constitucional ou a ausência de eficácia plena de algumas normas constitucionais³⁶.

Por fim, a modalidade de “mutação consuetudinária” foi assumida como prática usual de lacunas ou omissões no texto constitucional, marcando uma forma de tradição constitucional³⁷.

A solução do paradoxo apresentada por Bonavides, dentro dessa mesma tradição, é fornecido por Gilmar Mendes em seu manual: fica a cargo das Cortes Constitucionais a palavra final sobre quais “mutações” podem ser consideradas legítimas e quais não³⁸.

5.2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO DE REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO

No caso brasileiro, é importante destacar que a previsão constitucional do art. 3º do ADCT gerou uma polêmica sobre a amplitude da revisão constitucional. Muitos constitucionalistas entendiam que a revisão era um mecanismo necessário para adequar o texto constitucional a uma eventual opção popular pelo parlamentarismo ou pela monarquia no Plebiscito de 1993 (BONAVIDES, 2005); o que não veio a ocorrer, uma vez que a maioria decidiu pela manutenção do presidencialismo.

6 PODER CONSTITUINTE (DERIVADO) DECORRENTE: ESPÉCIES, CARACTERES E LIMITAÇÕES

O Poder Constituinte derivado decorrente representa a possibilidade que os Estados-membros têm, como consequência da autonomia político-administrativa garantida constitucionalmente, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais (MORAES, 2006, p. 24). Sua dinâmica releva para nós o movimento de predominância de forças centrífugas ou centrípetas no âmbito do Estado Federal (CARVALHO, 2005, p. 189).

Trata-se de um poder derivado, subordinado e condicionado (CARVALHO, 2005, p. 189). Para tanto, devem obedecer às normas fixadas na Constituição da República, quais sejam:

cer às normas fixadas na Constituição da República, quais sejam:

- Princípios constitucionais sensíveis: estão previstos no art. 34, VII, da Constituição de 1988 (forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública direta e indireta; e aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais – compreendida a proveniente de transferências – na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde). Seu descumprimento pelos Estados-membros autoriza a sanção política de intervenção federal (MORAES, 2006, p. 249-250);

- Princípios federais extensíveis: são as normas comuns à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de observância obrigatória (art. 1º, I a V; art. 3º, I a IV; art. 4º, I a X; art. 5º; art. 6º a 11; art. 93, I a XI; art. 95, I a III) (MORAES, 2006, p. 250);

- Princípios constitucionais estabelecidos: são normas espalhadas pelo texto constitucional responsáveis por organizar a Federação, subdividindo-se em normas de competência (art. 23 a 25; art. 27, § 3º; art. 75; art. 96, I, a-f, II, a-d, III; art. 98, I e II; art. 125, § 4º; art. 144, § 4º a 6º; art. 145, I a III; art. 155, I, a-c, II) e normas de

preorganização (art. 27 e 28; art. 37, I a XXI, §§ 1º a 6º; art. 39 a 41; art. 42, §§ 1º a 11; art. 75; art. 95, I a III, parágrafo único; art. 235, I a XI) (MORAES, 2006, p. 250).

Os constitucionalistas brasileiros distinguem, então, um Poder Constituinte derivado decorrente inicial – como poder de estabelecer a Constituição do Estado-membro quando não há uma Constituição Estadual ou quando há uma já em vigor – e um Poder Constituinte derivado decorrente de revisão estadual (ou Poder Constituinte derivado decorrente de segundo grau) – destinado a rever e modificar o texto da Constituição Estadual (CARVALHO, 2005, p. 189-190).

7 PODER CONSTITUINTE E PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL: UMA RELEITURA CONTEMPORÂNEA

Partindo das conclusões já explanadas no estudo sobre as concepções clássica e moderna acerca do Poder Constituinte, vimos a insuficiência dos conceitos de nação e de povo em ambas as tradições. À luz da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas, podemos apontar dois reparos nessas construções, a fim de adequá-los ao paradigma do Estado democrático de Direito: 1º) o conceito está ainda muito preso ao constitucionalismo clássico, sendo concebido como uma identidade cívica; e 2º) ao se atribuir a titularidade do Poder Constituinte ao cidadão apenas, retorna-se a visão míope típica do constitucionalismo liberal, isto porque há um superdimensionamento do “eu” individual para um “eu” coletivo (SOUZA CRUZ, 2006, p. 64-65). Tal identidade cívica é fundante da noção de nação e da afirmação de uma responsabilidade para os demais membros da sociedade. Observa-se, portanto, a incorporação de noções comunitaristas como um dado pré-político e extrajurídico.

Por isso mesmo, a proposta de Habermas é compreender a idéia de povo para além desta perspectiva comunitarista – recolocando a relação entre autonomias pública e privada – mediante a noção de Patriotismo Constitucional, originalmente cunhada por Dolf Sternberger, quando do 30º aniversário da Lei Fundamental de Bonn (1979), a fim de se referir à *construção de uma nova identidade coletiva alemã que tomava por referência o conteúdo normativo da Lei Fundamental de 1949*³⁹. Apesar de outros autores – como Rainer Lepsius – fazerem uso da expressão, Habermas buscou empregá-la no intuito de dar uma resposta ao problema de como os alemães podiam se reconciliar com sua própria história totalitária (Nazismo, Holocausto, etc.)⁴⁰.

Os constitucionalistas brasileiros distinguem, então, um Poder Constituinte derivado decorrente inicial [...] e um Poder Constituinte derivado decorrente de revisão estadual (ou Poder Constituinte derivado decorrente de segundo grau) [...].

É desse modo que, por sua vez, Habermas irá substituir o conceito de cidadania de uma vertente romântica e autoritária de nacionalismo, por uma proposta ligada a um contexto pós-nacional e pós-nacionalista – *refere-se, agora, à titularidade de direitos fundamentais de participação política, jurídico-consti-*

tucionalmente delineados, garantidores de uma autonomia jurídica pública (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006a, p. 624).

Isto é, substitui o *ethos* social, de caráter universal, por um consenso sobre democracia, limitações do governo, Estado de Direito e respeito para com a melhor interpretação dos direitos fundamentais (SOUZA CRUZ, 2006, p. 66). Para tanto, a aposta recai em um Direito emancipatório e a justificação não se dá apenas na esfera da coerção, mas antes na legitimidade de uma racionalidade comunicativa.

A Constituição, então, como cerne do Direito, representa um norte normativo com princípios de liberdade e de igualdade e, de outro, as balizas para o sistema político que passa a respeitar a legitimidade discursiva e a democracia participativa⁴¹. Nesse diapasão, o conceito de povo deixa de ser um dado pré-político ou extrajurídico para ser reconduzido na forma de um consenso voltado para compatibilização e coexistência de distintos projetos de vida boa. *Desse modo, a noção de povo poderia perder seu caráter de ethos compartilhado como elemento histórico/cultural para subsumir-se em um processo [hermenêutico] circular de autocompreensão estabelecida mediante uma comunicação entre os cidadãos, inclusive entre aqueles de diferentes nacionalidades. Com isso, não pretende dizer que é necessário uma perda de raízes culturais. Pretende apenas apostar que o cerne do exercício do Poder Constituinte deve se afastar da procura de um consenso em torno de valores éticos substantivos, apostando em um consenso procedimentalista em torno de princípios universais de liberdade e igualdade*⁴².

Tal conceito, em sua estrutura comunitarista, acaba por alimentar uma noção de nacionalismo adversa ao diferente – xenofóbica e discriminatória –, o que é contrário a uma concepção de povo modelado à luz de uma cidadania participativa. Por isso mesmo, a noção de Patriotismo Constitucional traz à tona um conceito permanentemente aberto e sem ligações à figura do “nacional”⁴³. A cidadania da comunidade européia é um ótimo exemplo desse novo modelo e demonstra que tal consenso pode ser alcançado sem que, para isso, precise-se abrir mão da herança cultural de cada identidade.

Essa conclusão, então, permite a Habermas criticar a tese moderna de que a cultura é modo de limitação apriorística do Poder Constituinte originário. Sem querer afirmar a necessidade de desconectarmos das amarras culturais – o que seria impossível – a proposta é agora de compreendê-la à luz de um processo crítico de aprendizagem, mostrando-nos que, ao contrário do que pensam muitos comunitaristas, não somos escravos dos valores sob os quais nascemos e fomos educados, possibilitando, inclusive, a superação de preconceitos velados por estas tradições⁴⁴.

Desse modo, podemos mais uma vez apontar falhas na tese moderna sobre o Poder Constituinte, explicando que nem o indivíduo, nem a sociedade encontram-se “amarrados” a elementos *a priori*, intransponíveis, sendo-lhes aberta a via de romperem ou superarem *condicionantes impostos por esse pano de fundo lingüístico-cultural* (SOUZA CRUZ, 2006, p. 72). Esse processo de aprendizado social, para Habermas, é explicado a partir de uma combinação da psico-pedagogia de Piaget com teorias construtivistas pós-Piaget, somando-se a tudo a psicologia genética de Kolhberg, com sua perspectiva de aprendizagem evolutiva (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 624; SOUZA CRUZ, 2006, p. 72).

Tudo isso o conduz a uma teoria da evolução social⁴⁵.

Isso, então, revela que a tese moderna sobre o Poder Constituinte ainda se encontra presa a um nível de moralidade chamada convencional, que *corresponderia ao momento em que os valores éticos, religiosos, sociais, políticos e econômicos de uma sociedade já estão estabelecidos firmando um status quo social* (SOUZA CRUZ, 2006, p.73). Portanto, desconhecem o fato de as sociedades contemporâneas já terem alcançado uma etapa além, uma moralidade pós-convencional, dentro da qual os indivíduos já conseguem identificar os valores que formam sua identidade e produzem juízos críticos sobre eles, reconhecendo direitos individuais, bem como princípios universais⁴⁶.

A par destas reflexões, resta ainda a tarefa de criticar a tese liberal de que os direitos humanos substantivos, fundados em uma concepção jusnaturalista, representariam limites à atuação do Poder Constituinte originário. No momento em que Habermas recoloca a relação entre autonomias (pública e privada), levando em conta que não há falar-se em integração social hoje apartada de uma esfera pública que permita aos cidadãos serem co-autores das normas que irão governar suas vidas, inclusive a Constituição. Assim, o problema deixa de estar no campo da concepção de direitos naturais antecedentes ao Estado ou mesmo da materialização de valores éticos, para um processo institucionalizado de criação e aplicação de normas⁴⁷.

Nesse prisma, a Constituição é condição recíproca para o exercício da soberania popular e dos direitos fundamentais, no momento em que passa a institucionalizar o sistema de direitos – o conjunto de direitos (fundamentais) que os membros de uma comunidade se atribuem reciprocamente quando decidem regular legitimamente sua convivência mediante o Direito Positivo.⁴⁸ Nessa construção, o Direito não se dilui na moral, como acontecia no pensamento jusnaturalista, já que o princípio da democracia é apenas co-originário ao princípio da moralidade; e ambos derivam do princípio do discurso: *Sendo assim, o discurso, tanto pelo princípio da moralidade pós-convencional, contido na razão prática habermasiana, quanto pelo princípio da*

democracia, insito à razão comunicativa, assume papel constitutivo do Poder Constituinte, seja ele Originário ou Derivado, no lugar de direitos humanos de cunho jusnaturalistas/liberais ou das tradições comunitárias de um povo (SOUZA CRUZ, 2006, p. 82).

Se o Poder Constituinte é, então, uma prática discursiva de aprendizagem, fica fácil compreender como os direitos fundamentais podem assumir diferentes noções ao longo do tempo, variando de conteúdo em cada paradigma jurídico (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 35; Souza cruz, 2006, p. 82-83). Destacamos, então, para o fato de que tal discurso é, portanto, sempre aberto e incompleto, sendo permanentemente renovado⁴⁹.

Tais pressupostos, então, também nos obrigam a repensar a prática constitucional levada a cabo pelo Judiciário, em especial pelas Cortes Constitucionais. O uso difundido da técnica de ponderação de valores acaba por transformá-las em uma espécie de Poder Constituinte anômalo (SOUZA CRUZ, 2006, p. 86), permeado por irracionalismos metodológicos e decisionismos subjetivistas⁵⁰. A compreensão adequada da atividade jurisdicional, como discurso de aplicação – e não de criação – de normas contribui, ainda, para o problema das mutações constitucionais informais: *A construção e a reconstrução do texto constitucional pela via hermenêutica não podem ser entendidas como permissão para desconsideração deste mesmo texto. O risco desta divisa ser transposta é permanente na atividade judiciária. Contudo, o emprego da ponderação de valores pelas Cortes Supremas ou Cortes Constitucionais o transforma em certeza* (SOUZA CRUZ, 2006, p. 86).

Em vez disso, sua função se potencializa quando entendida como contributo para o respeito dos procedimentos constituintes – quer originário, quer de reforma. No primeiro caso, é a própria noção de discurso que permitirá à sociedade realizar uma filtragem quanto à legitimidade de seu exercício. Já no campo do controle do Poder Judiciário derivado de reforma, temos de observar dois pontos. O respeito ao cumprimento adequado das limitações formais e temporais é facilmente visualizável, ficando maiores indagações quanto às limitações circunstanciais e materiais, dadas elasti-

cidade e abertura lingüística. Novamente aqui, são os requisitos do discurso [que] permitem avaliação sobre essa correção [...] (SOUZA CRUZ, 2006, p. 87-88).

Como conclusão, destacamos os seguintes pontos:

- os conceitos tradicionais do constitucionalismo moderno não levam em conta o devido papel da esfera pública como elemento essencial para democracia participativa⁵¹;

- a tese moderna não é capaz de perceber que o processo constituinte se dá sob a base de um procedimento discursivo de modo que sua titularidade não pode se corporificar em nenhum ente coletivo⁵²;

- Sem querer desvalorizar o “ato de fundação” de um ordenamento jurídico, Habermas enfatiza que o Poder Constituinte é algo construído não em só momento, mas diuturnamente⁵³. Este “ato” é dependente de constantes releituras críticas.

NOTAS

- 1 Por isso mesmo a relevância do ensaio de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2006), que apresenta sistematicamente cada um desses três momentos, identificando seus principais traços teóricos e seus pensadores.
- 2 Ver Cattoni de Oliveira (2006) e também Cattoni de Oliveira (2007), capítulo 5 (*Qual o Sentido do Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito? Um exercício de Patriotismo Constitucional no Marco da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas*).
- 3 Curioso observar que a visão clássica surge nos primórdios do constitucionalismo do século XVIII, estudando, por conseguinte, toasomente pactos fundadores datados, como a Assembléia Nacional da França ou a Convenção de Filadélfia nos Estados Unidos. Logo, constituições predominantemente costumeiras ou as cartas não codificadas (inorgânicas) não se encaixavam nos parâmetros dessa perspectiva, a despeito de, tal como a inglesa, serem anteriores ao movimento contratualista do iluminismo (SOUZA CRUZ, 2006, p. 50).
- 4 Por exemplo, as Constituições de 1824, 1937 e o Ato Institucional n. 1, de 1964 como demonstra Moraes (2006, p. 23).
- 5 Os partidários da tradição do jusnaturalismo buscaram associar o Poder Constituinte a um poder de direito a partir da idéia de *Direito Natural*, tese esta já afastada com a própria decadência do pensamento jusnaturalista.
- 6 A ‘decisão’, na qual Carl Schmitt vê a própria possibilidade do direito, in fieri, como divisão e confronto entre amigo e inimigo, e que ele vê percorrer, em seguida, a totalidade do ordenamento, formando-o e sobredeterminando-o, este ato de guerra representa o máximo de factualidade, plasmada como imanência absoluta no ordenamento jurídico. A imanência é tão profunda que, à primeira vista,

- a própria distinção entre poder constituinte e poder constituído se desfaz, e o poder constituinte apresenta-se em sua natureza de poder originário ou de contrapoder, potência historicamente determinada, conjunto de necessidades, desejos e determinações singulares. O fato, porém, é que a trama existencial sobre a qual o poder constituinte se define é, desde o início, rompida, reconduzida às determinações abstratas da violência, do evento puro como evento voluntário do poder. A tendência absoluta da fundação torna-se pretensão cínica: após haver esboçado uma definição material de poder constituinte, Schmitt é enredado na sobredeterminação irracionalista da concepção de soberania – de uma concepção pura, não mais de potência, mas de poder (NEGRI, 2006, p. 17-18).
- 7 Horta (2003, p. 94-95). No mesmo sentido Carvalho (2005, p. 177-178).
- 8 Souza Cruz (2006, p. 50). Curiosamente, parece ser esta a tese defendida por Moraes (2006, p. 23); e também por Mendes (2007, p. 188).
- 9 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 [...] (SOUZA CRUZ, 2006, p. 50).
- 10 Um exemplo desses limites são ações quase inconscientes do constituinte 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 (SOUZA CRUZ, 2006, p. 58).
- 11 De um lado, pretende abraçar a matriz do ordenamento jurídico como algo que fosse adequado à complexidade estrutural do mundo moderno, ou seja, suportando a concepção de um Direito pluralista. De outro, concebe limites ao Poder Constituinte Originário com bases sociológicas/antropológicas que incidiriam sobre seu titular. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 58).
- 12 Souza Cruz (2006, p. 50). Ver também Bachof (1994).
- 13 Destaca ainda o constitucionalista mineiro: “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. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 60).
- 14 Por exemplo, como fez o art. 183 da Constituição de 1937, determinando a continuidade em vigor das leis anteriores à nova Constituição (MENDES, 2007, p. 193).
- 15 Mendes (2007, p. 194). Ver art. 97 da Constituição Brasileira.
- 16 No pólo vencido, merece destaque a posição do Ministro Sepúlveda Pertence, de que haveria aí inconstitucionalidade superveniente, já que o critério cronológico de solução de conflito de normas no tempo somente faz sentido para resolver problemas em que se defrontam normas postas num mesmo plano hierárquico. Se há disparidade de grau hierárquico, o problema seria de invalidez, embora a partir do momento posterior à edição das normas, quando a nova Constituição veio a lume. A hipótese, assim, seria de inconstitucionalidade superveniente, como, segundo lembrou, a vê o Direito italiano e o português (MENDES, 2007, p. 195).
- 17 No livro, Sieyès assinala, nas vésperas da Revolução, que o chamado Terceiro Estado – que engloba quem não pertencesse à nobreza ou ao alto clero, e que, portanto, incluía a burguesia –, embora fosse quem produzisse a riqueza do país, não dispunha de privilégios e não tinha voz ativa na condução política da França (MENDES, 2007, p. 187).
- 18 É de se registrar que compartilhamos do mesmo espanto de Álvaro Ricardo de Souza Cruz: *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 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 extraído da obra de Jellineck* (SOUZA CRUZ, 2006, p. 55).
- 19 Remetemos, então, à leitura da obra Souza Cruz (2003).
- 20 Souza Cruz (2006, p. 56-57). Ver também Ackerman (1991, v. 1, p. 160). Ao que parece, em Mendes (2007, p. 190), encontramos uma leitura similar à de Ackerman, na qual os autores defendem que a manifestação do Poder Constituinte originário não está restrita ao ato fundador – ou decisão fundamental, como se referem, talvez lembrando Carl Schmitt –, mas reconhecem manifestações pontuais nos momentos de “viragem histórica”, que formam (ou conformam) um Estado *ex novo*, revelando toda a ilimitação e a incondicionalidade de sua manifestação.
- 21 Ver RE n. 14.360, RDA 24/58, RE 74.284, RTJ 66/220, e, mais recentemente, RE 140.894, DJ de 9-8-1996.
- 22 Tal polêmica também esteve presente na tradição norte-americana como lembra Souza Cruz (2006, p. 50), uma vez que Jefferson sustentava a impossibilidade de se conceber a Constituição como um instrumento capaz de limitar a vontade majoritária do povo. Madison, por outro lado, assumia posição oposta e temia a ausência de qualquer controle, o que poderia significar o julgo sob a vontade da Nação às maiorias apaixonadas (idem, p. 51).
- 23 Souza Cruz (2006, p. 51) lembra-nos de que importantes exemplos foram as Constituições Francesas do ano I e do ano III, que, durante o período de efervescência da Assembléia Nacional, vedaram qualquer proposta de alteração no texto constitucional pelo prazo de 10 anos. *Todavia, [t]anto o ardor jacobino quanto a burguesia no golpe de 18 de Brumário, em 1795, desfizeram o sonho daqueles constituintes e se tornaram parâmetros para a tese de que o Poder Constituinte Originário era realmente um ‘poder de fato’* (SOUZA CRUZ, 2006, p. 51-52). A Carta Imperial Brasileira de 1824, no seu art. 174 trazia a vedação de mudança desta pelo período de 4 anos contados de sua promulgação.
- 24 A análise comparativa entre os meios de operação de tal mudança em face dos procedimentos ordinários de criação de normas infraconstitucionais foi o que levou Lorde Bryce a classificar as Constituições em rígidas, semi-rígidas e flexíveis. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 53).
- Importante, então, fazer um alerta: *rigidez não é sinônimo de permanência de um texto constitucional*; para tanto, basta nos voltarmos aos textos ingleses como a *Magna Carta*, de 1215, ou o *Bill of Rights*, de 1688, que permanecem intocados até hoje apesar de o modelo inglês poder ser classificado como *flexível* (SOUZA CRUZ, 2006, p. 53).
- 25 Importante, então, lembrar que **não existe** previsão legislativa de iniciativa popular de Emenda à Constituição (MENDES, 2007, p. 205).
- 26 Há quem defenda que seria situação de uma geração impor sua vontade sobre as futuras (MENDES, 2007, p. 206).
- 27 Mendes (2007, p. 209). Nesse sentido o julgado MS 20.257-DF (RTJ, 99/1031) do STF, que discutiu se uma Emenda à Constituição que prorrogava o mandato de prefeitos de dois para quatro anos afetava o princípio republicano estampado como cláusula pétreia. Em voto, Min. Moreira Alves se posicionou no sentido que o aumento temporal por si, não ofenderia a estrutura essencial do princípio republicano, já que não impedia eleições periódicas para o Executivo municipal. Outro julgado seguindo a mesma linha de raciocínio é o MS 23.047-MC, DJ de 14/11/2003.
- 28 HC 18.178, Arquivo Judiciário, v. XVIII, n. 5, p. 341 (MENDES, 2007, p. 211).
- 29 MS 20.257-DF (RTJ, 99/1031).
- 30 Reportamos ao nosso *O Poder Judiciário e(m) crise para críticas acerca da denominação “acesso à Justiça”*.
- 31 *Recentemente, o STF, em julgamento decidido por apertada maioria de um voto, entendeu que membros aposentados da Corte, que recebiam quantia superior ao teto salarial extraído da Emenda Constitucional n. 41/2003, faziam jus – tendo adquirido direito a tanto, insuscetível de ser atingido pela Emenda – a continuar a perceber montante que superava o teto, até que a quantia excedente viesse a ser absorvida por subsídio posterior de maior valor.* (MENDES, 2007, p. 218.).
- 32 Na doutrina de Jellineck (1991, p. 7), a “mutação constitucional” não é produto da intencionalidade e voluntariedade – como acontece com as “reformas”. Nas “mutações” a modificação é de sentido, mantendo o texto normativo intocado.
- 33 Souza Cruz (2006, p. 61). Ver também Ferraz, 1986.
- 34 Bonavides (2005). Aqui uma advertência tem de ser posta: ao falar em interpretação constitucional não podemos esquecer o ensaio de Peter Häberle (1997). A Constituição, se tem no povo sua titularidade, não pode nem ser produto da vontade exclusiva dos constituintes e muito mesmo uma massa de argila a ser moldada livremente pelo Supremo Tribunal Federal. [...] *não podemos concordar com Nelson Jobim quando afirma que de todas as supostas negociatas que teriam sido realizadas durante o processo constituinte de 1987-88, ‘isso não colocaria a legitimidade atual da Constituição em questão, porque nós (leia-se o Supremo Tribunal Federal) fizemos alguma coisa que se chamaria de Constituição ‘funcionar’ nestes últimos 15 anos’.* Isso porque o Supremo Tribunal Federal não pode, sob a desculpa de querer guardar a Constituição, privatizar, apropriar-se da Constituição. Não se pode afastar a cidadania, nem do seu momento de criação, nem do seu processo de interpretação. [...] *Somos todos intérpretes da*

- Constituição (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 66-67).
- 35 [...] 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. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 62).
- 36 A teoria das normas programáticas, difundida no Brasil por José Afonso da Silva nas décadas de 1970 e 1980, ilustra bem a questão. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 62).
- 37 O costume constitucional de proibição de mais de uma reeleição foi quebrado com as quatro eleições de Franklin Delano Roosevelt, o que, mais tarde, ensinaria a aprovação da emenda constitucional de nº 22, impondo tal restrição. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 63).
- 38 Mendes (2007, p. 56). Em outra passagem afirma: [...] torna-se evidente que incumbe essencialmente aos intérpretes-alcaldes [isto, é aos magistrados exclusivamente] – e não aos legisladores – encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderão desincumbir-se a tempo e modo se forem capazes de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiverem a coragem de enfrentar a opinião dominante, em vez de se resignarem a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuserem a assumir o ônus redobrado de combater as idéias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos, fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados. (MENDES, 2007, p. 59). O curioso – para não chamar de paradoxal – é que nessa linha de pensamento é a própria autoridade, como já em Kelsen, do magistrado, como criador da norma jurídica, que autoriza a “alteração” do ordenamento jurídico e não a racionalidade – capacidade de convencimento em uma ceara discursiva, e não retórica, que deveria em uma democracia estabelecer tal autoridade; e mais, como conciliar tal postura “ativa” dos magistrados, se os mesmos autores são famosos pela defesa de Súmulas Vinculantes ou de Súmulas Impeditivas de Recursos? Ao final, o único com poder criativo, em suas visões, seria o Supremo Tribunal Federal, nos escravizando com sua condição de Tribunal último. Ora, a partir desses posicionamentos, o que assistimos é a uma radicalização da tese kelseniana. Os juízes – como aplicadores autênticos – fecham as vias hermenêuticas, excluindo o debate jurídico dos influxos oriundos da esfera pública (sociedade), como “sábios trancados em torres de marfim” e passam a dizer-nos o que a Constituição diz. A radicalização de Kelsen, então, vem pela via do fato de que os juízes, principalmente aos Ministros do STF, não se encaixam apenas como legisladores positivos, mas avocam-se à condição de Poder Constituinte Originário e permanente (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 174-176).
- 39 Cattoni de Oliveira (2006a, p. 623). Nesse sentido, uma república de cidadãos, formada após a derrota na Segunda Guerra Mundial e a derrocada do nazifascismo, já não mais podia se deixar reconhecer em uma suposta identidade ético-cultural particularista ou no ufanismo nacionalista em face de um passado nacional idealizado. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006a, p. 65-66).
- 40 Habermas, assim, irá combater veementemente historiadores neoconservadores que pretendiam justificar, remetendo-se, mais uma vez, a uma dada tradição cultural herdada, uma certa normalização da história alemã, quer seja à negação, quer seja ao esquecimento, do holocausto e da experiência totalitária do nazismo. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006a, p. 624).
- 41 Souza Cruz (2006, p. 67). Nesse sentido, presente se faz o aspecto performativo do ‘princípio da democracia’, que permite transformar os destinatários das normas jurídicas em seus autores, fazendo com que os indivíduos possam usufruir, da melhor maneira possível, suas liberdades subjetivas e suas liberdades comunicacionais. (Idem).
- 42 Souza Cruz (2006, p. 68). É preciso lembrar que o conceito comunitarista de povo se desdobra em um contexto de nacionalismo que vincula estranhos dentro de uma mesma relação. Essa identidade se dá através de simbologia de um passado comum (bandeira, brasão, hino nacional e datas comemorativas), normalmente evocado por monumentos à memória de passagens notáveis da história, em especial de atos de bravura em conflitos armados. (Idem)
- 43 Cattoni de Oliveira (2006a, p. 624); Souza Cruz (2006, p. 69-70). Para Habermas, em um diálogo crítico com a tradição do republicanismo cívico, os direitos fundamentais de liberdade e de igualdade seriam, pois, a própria explicitação do sentido performativo da práxis de autolegislação democrática e da noção complexa de autonomia jurídica que lhe é subjacente. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 69).
- 44 Souza Cruz (2006, p. 71). Enquanto processo de aprendizado, embora sujeito a tropeços, seria capaz de corrigir-se a si mesmo, e assumiria interna e reflexivamente o projeto constitucional-democrático, aberto, inclusivo e moderno, subjacente à Lei Fundamental, de 1949, assim como à própria autocompreensão normativa das diversas Constituições dos Estados Democráticos de Direito. Por fim, ainda, tal processo de aprendizado social levaria, inclusive, a uma descentração reflexiva da identidade coletiva alemã, que agora plausível, presentes as tensões internas, próprias a uma permanente luta por reconhecimento de novos sujeitos constitucionais, uma Alemanha não somente reunificada, pós-1989, mas também integrada jurídico, político e economicamente à União Européia. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006a, p. 624).
- 45 Habermas (1989). Para Habermas, estava-se diante, pois, de uma identidade coletiva moderna, pós-convencional, para usar o termo de seu amigo e psicólogo norte-americano, Lawrence Kohlberg, no sentido de que esse tipo de patriotismo não estaria orientado por uma normatividade tradicional que se imporia por uma facticidade social irrefletida. Ao contrário, a defesa habermasiana do patriotismo constitucional diz respeito à construção, ao longo do tempo, de uma identidade coletiva advinda de um processo democrático autônomo e deliberativamente constituído internamente por princípios universalistas, cujas pretensões de validade vão além, pois, de contextos culturais concretos. Em outras palavras, trata-se de uma adesão racionalmente justificável, e não somente emotiva, por parte dos cidadãos, às instituições político-constitucionais; uma lealdade política ativa e consciente. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006a, p. 624).
- 46 Numa metáfora, poder-se-ia dizer que na primeira etapa o indivíduo está aprendendo as regras do jogo. Na etapa convencional, ele está apto a jogá-lo. Finalmente, na fase pós-convencional, ele se torna capaz de criticar tais regras. (SOUZA CRUZ, 2006, p. 73).
- 47 O Direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa ‘vontade geral’ republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 93).
- 48 Importante, então observar que a crítica de Michelman (Brennan and Democracy) a Habermas - no sentido de afirmar um paradoxo entre Estado de Direito e Democracia, o que provocaria um regresso ao infinito, já que a Assembléia Constituinte não poderia avocar legitimidade democrática das normas que ela mesma criou. Em resposta, o autor alemão (O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?) argumenta tal regresso pode ser melhor compreendido no sentido, não de um círculo vicioso, mas antes, hermenêutico, como uma abertura para o futuro, a partir da idéia de um projeto a ser enfrentado por diversas gerações, que assumirão a tarefa de atualizar a substância normativa do sistema de direitos estatuído pela Constituição. Para mais detalhes, ver Cattoni de Oliveira (2006, p. 35-39). Devemos, portanto, lembrar – já que parece passar despercebido aos autores ligados à tradição do Comunitarismo – que em Habermas (2002, p. 307) a idéia de “política deliberativa” adquire uma percepção muito mais dialógica que instrumental.
- 49 Esse rápido olhar inicial sobre a identidade constitucional, bem como sobre o sujeito e a matéria constitucionais revela que é bem mais fácil determinar o que eles não são do que propriamente o que eles são. Ao construir essa intuição, esse insight, explora a tese segundo a qual, em última instância, é preferível e mais acurado considerar o sujeito e a matéria constitucionais como uma ausência mais do que como uma presença. Em outros termos, a própria questão do sujeito e da matéria constitucionais é estimulante porque encontramos um hiato, um vazio, no lugar em que buscamos uma fonte última de legitimidade e autoridade para a ordem constitucional. Além do mais, o sujeito constitucional deve ser considerado como um hiato ou uma ausência em pelo menos dois sentidos distintos: primeiramente, a ausência do sujeito constitucional não nega o seu caráter indispensável, daí a necessidade de sua reconstrução; e, em segundo lugar, o sujeito constitucional sempre envolve um hiato porque ele é inerentemente incompleto, e então sempre aberto a uma necessária, mas impossível, busca de completude. Conseqüentemente, o sujeito constitucional encontra-se constantemente carente de reconstrução, mas essa reconstrução jamais pode se tornar definitiva ou completa. Da mesma forma, de modo consistente com essa itese, a identidade constitucional deve ser reconstruída em oposição às outras identidades, na medida em que ela não pode sobreviver a não ser que pertença distinta dessas últimas.

Por outro lado, a identidade constitucional não pode simplesmente dispor dessas outras identidades, devendo então lutar para incorporar e transformar alguns elementos tomados de empréstimo. Em suma, a identidade do sujeito constitucional só é suscetível de determinação parcial mediante um processo de reconstrução orientado no sentido de alcançar um equilíbrio entre a assimilação e a rejeição das demais identidades relevantes acima discutidas. (ROSENFELD, 2003, p. 26-27).

- 50 Ligada a padrões de uma moralidade convencional, a jurisdição constitucional calcada na técnica de ponderação, mais do que autorizar criatividade na aplicação do Direito, permite que a mesma se transforme literalmente em exercício do Poder constituinte. A supremacia da Constituição passa a ser entendida como um mandado de otimização passível de desconsideração em face de outros valores, fazendo com que as decisões judiciais se afastem do Direito, assumindo caráter exclusivamente político/ideológico (SOUZA CRUZ, 2006, p. 86). Uma confirmação disso está na leitura feita por Gilmar Mendes (2007, p. 56), no sentido de atribuir exclusivamente às Cortes Constitucionais a palavra final sobre o que a constituição diz (ou não diz), colocando em sério risco de apropriação o discurso constitucional que perde seu caráter democrático em razão desse fechamento do rol de intérpretes.
- 51 Souza Cruz (2006, p. 89). Se, de um lado, o processo constituinte sofre influxos do agir estratégico dos sistemas que colonizam o mundo da vida, por outro lado, recebe também a influência da imprensa livre, da rede internet de comunicação, das mais variadas Igrejas, da Universidade, de organizações não-governamentais etc. (Idem, p. 90).
- 52 Souza Cruz (2006, p. 90). Nesse sentido, pode-se certamente afirmar que o projeto constituinte de um Estado democrático de Direito envolve processos jurídico-políticos de construção histórica de uma identidade constitucional inclusiva e aberta, a partir de interpretações paradigmáticas do sistema de direitos fundamentais. E esse sistema direitos, garantidor das autonomias pública e privada dos cidadãos, interpretado no debate público, aberto a concepções ético-políticas e culturais, diversas e não-fundamentalistas, envolve, portanto, a defesa de um **patriotismo constitucional**, sobre o pano de fundo de uma cultura política pluralista. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006a, p. 625).
- 53 Afasta-se assim a tese das situações excepcionais de Ackerman (1991). Souza Cruz (2006, p. 93).

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the people*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. 2v (Volume 1: Foundations; Volume 2: Transformations).
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Teoria do estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do estado e da Constituição*, direito constitucional positivo. 12. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. *Direito constitucional: teoria do estado e da Constituição*, direito constitucional positivo. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- _____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- _____. Patriotismo Constitucional. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006a.
- _____. *Poder constituinte e patriotismo constitucional: o projeto constituinte do estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- _____. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- DANTAS, Ivo. *Direito adquirido, emendas constitucionais e controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudanças da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: a contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Speiber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* In: HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- JELLINECK, George. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förter. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MICHELMAN, Frank. *Brennan and democracy*. Princeton: Princeton University, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilati. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1927.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. Poder constituinte e patriotismo constitucional. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

Artigo recebido em 4/11/2008.