

Legitimação constitucional

Carla Dumont Oliveira de Carvalho*

A ideia de que a Constituição expressa a real vontade do povo é meramente simbólica? Que limites deve observar uma Constituição para ser legítima?

1.1 Legitimação pelo procedimento

Se, “no pensamento, o que permanece é o caminho”¹, poderíamos dizer que, na legitimidade, o que a justifica é o procedimento? Os autores procedimentalistas diriam que sim. Para estes, a garantia de uma legislação democraticamente elaborada é o bastante para que seja válido qualquer conteúdo substantivo.²

Impossível pensar em procedimentalismo hoje sem que nos venha à mente a teoria habermasiana. Para este autor alemão, a legitimidade do Direito é alcançada pelo procedimento, não considerado este, entretanto, como algo meramente formal³. O procedimento, ao contrário, deve observar certos princípios para que se assegure sua correção. Devem ser observados o princípio da soberania do povo ou princípio da democracia⁴, aliado ao princípio do discurso⁵. Além disso, exige-se

a “institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política”.⁶ Nesse passo, o sentido normativo do direito não adviria de sua forma, nem de um conteúdo moral dado *a priori*.⁷ Assim, aduz Moreira que: Aduz Moreira que:

[...] o desaparecimento da instância de conteúdo que oferecia um acesso imediato para a práxis em geral gera uma ausência de sentido que, em última instância, confundir-se-á com a recusa mesma da racionalidade. Essa anomia, nesse sentido, depreende-se da falta de um patamar normativo, de um conteúdo que oriente a ação. Não concordando com esse horizonte, Habermas, através da reviravolta lingüística, substituirá a razão prática pela razão comunicativa, acoplando o conceito de racionalidade ao médium lingüístico.⁸

Ao tratar do procedimentalismo de Habermas, Souza Cruz destaca que, entre outras diferenças, se comparado ao substancialismo, está a pressuposição do segundo, de “uma interpretação teleológica de mandamentos morais baseada em éticas substantivas distintas, de maneira a admitir a colisão/ponderação entre valores”.⁹

Sampaio, tratando do procedimentalismo discursivo, assevera que este “descarta qualquer *a priori* ou ética material, que se imponha de fora ao discurso, alardeando que a adoção de princípios substantivos ou concretos levariam à hipostasia da própria ética”.¹⁰ Todavia, adverte o mesmo autor que “não há indicação precisa de como sairemos do ‘círculo naturalista’, vale dizer, como será possível extrair de um procedimento formal conteúdos de valor”.¹¹

* Juíza Federal Substituta da Subseção Judiciária de Montes Claros – MG, Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas, Mestre em Direito Público pela PUC Minas.

¹ HEIDEGGER, Martin. A caminho da linguagem. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 81.

² Nesse ponto, devemos ressaltar desde já que essa não é precisamente a posição de Habermas. Para o autor tedesco, não basta que o povo participe, se não se cumprirem certos requisitos para o discurso.

³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 172.

⁴ “[...] o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva.” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 145).

⁵ “O princípio do discurso explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, uma vez que eu parto da ideia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente.” (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1, p. 143).

⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 158.

⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 172.

⁸ MOREIRA, Luiz. Fundamentação do direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 108.

⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 136.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 112.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 115.

Pode-se dizer que Habermas fundamenta a legalidade na legitimidade via discurso. Afastamo-nos dele ao pensarmos que a pergunta pelo conteúdo da norma é um exame imprescindível para se assegurar a justiça de um ordenamento jurídico. Certo é que Habermas preocupa-se com o conteúdo, apenas negando que esse definir-se-ia anteriormente ao discurso. Já de nosso lado, parece haver um conteúdo material absoluto, inerente a todo ser humano.

Pela proposta habermasiana, a validade de uma afirmação precisa ser comprovada em face das objeções factuais que se levantem contra ela, operando-se um resgate discursivo de suas pretensões e com vistas a eliminar qualquer esfera metafísica que se pretenda informativa para o conceito de idealidade.¹²

O que pretende Habermas é a conciliação das perspectivas republicana e liberal¹³, através da defesa da co-originariedade da autonomia privada e da autonomia pública:

Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário¹⁴.

É inegável que a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos não podem mais ser vistas como excludentes entre si. Entretanto, não vislumbramos que haja precisamente uma co-originariedade entre ambas, uma vez que os direitos fundamentais pressupostos como essenciais ao discurso são direitos maquiados de condições ou requisitos procedimentais. Ora, Habermas diz expressamente que em tal sistema

de direitos “os cidadãos são *obrigados* a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo”.¹⁵

Para defender o caráter procedimental de tais direitos, Habermas dirá:

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.¹⁶

Parece-nos complicada a outorga de direitos de forma instrumental, leia-se, exclusivamente *para* assegurar-se a formação discursiva da opinião podendo estes não serem positivados após a criação constitucional. Não vislumbramos como um direito possa ser essencial para assegurar a autonomia política, porém passível de eliminação por decisão dessa mesma autonomia dos cidadãos, uma vez que tais direitos para Habermas, repita-se, não podem circunscrever a soberania do legislador. Se, reversamente, considerarmos que tais direitos fundamentais seriam um núcleo de direitos contidos dentro do próprio discurso, são já limitações e conteúdo obrigatório para este. Destarte, dever-se-ia considerá-los requisitos meramente procedimentais ou limites substantivos. Preferimos a segunda via.

Ademais, se a idéia é de um círculo, o eventual desaparecimento *a posteriori* de tais direitos possibilitadores do discurso, se assim decidisse a vontade popular, haveria de se realizar por alguma tangente. É possível esvair-se a substância dos direitos humanos? É com essa força de expressão que questionamos, pois foram palavras retiradas diretamente da obra desse autor procedimentalista.

“A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e

¹² MOREIRA, Luiz. Fundamentação do direito em Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. p. 143-144.

¹³ “A teoria habermasiana da democracia visa superar os modelos normativos de política deliberativa legados pelas tradições republicana e liberal [...] a partir do marco teórico-discursivo, buscará construir uma visão não-conflitiva da relação entre autonomia pública e autonomia privada [...]” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Republicanismo e liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Ano 2. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/RepublicanismoeLiberalismo.pdf> Acesso em: 15-10-2005.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 158.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 158.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 165.

da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.¹⁷

Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente parecem estar ligados à idéia de dignidade da pessoa humana de forma conteudística, entretanto Habermas os define como pressupostos viabilizadores do discurso.

Desta sorte, a teoria discursiva entende que a estrutura racional inscrita na autonomia da prática legisladora é a solução para o fundamento dos direitos humanos, para que estes não mais tenham que se apoiar em um estado de natureza fictício¹⁸. O que questiona Habermas seria a idéia de direitos humanos como fatos morais previamente dados¹⁹.

Seria esse pejorativo estado de natureza o único apoio dos direitos humanos? O que dizer da vasta doutrina que os vê, ao contrário, como construções históricas?²⁰ Nesse diapasão, seria possível que um procedimento fosse o exclusivo fundamento dos direitos que dele adviriam? Caso afirmativo, como pretende Habermas, a história de tais direitos não teria força normativa alguma, mas tão-somente serviria de inspiração para os constituintes.

Sabe-se que para Habermas o processo constituinte é algo permanente, sempre em construção. Ainda assim, não haveria aí algo além da mera intersubjetividade? É possível que a comunicação transponha e corresponda exatamente à essência do pensamento?²¹ Se a linguagem é limitada e o pensamento é humano, caberiam os direitos na linguagem?

Assevera Habermas que direitos humanos dados previamente tornar-se-iam uma restrição à soberania popular, “intocáveis” por esta.²² Parece-nos mais acertado pensar na antecedência principiológica²³ de tais direitos, sem pretender com isso que sejam absolutos. Explica-se. Direitos a serem necessariamente observáveis pelo legislador não equivalem a fortalezas impenetráveis que impossibilitem a consideração do interesse público em detrimento de determinados direitos humanos em casos concretos.²⁴

Nessa linha, Sarmento pontua ser sustentável que os direitos fundamentais básicos vinculem o próprio constituinte, uma vez que

[...] eles traduzem exigências éticas impostergáveis que se universalizaram, e que devem ser concebidas como limite e também como norte para o exercício do poder, em qualquer das suas manifestações, mesmo a mais elevadas delas, que na ordem jurídica estatal é representada pelo poder constituinte originário.²⁵

Observe-se, ainda, que a eventual preponderância do interesse público visa a assegurar exatamente os direitos dos homens como um todo, como coletividade que compõe o Estado. É cediço que o Direito é feito *para* o homem. A primazia dos direitos humanos em face da deliberação legislativa reforça-se também porque o interesse público é abstrato e dependente de situações específicas, ao passo que os direitos humanos têm se afirmado historicamente como realidades inafastáveis.²⁶ Para Alexy, há uma “prioridade *prima*

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 139.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 26, 100-113, março 1990. p. 102.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293.

²⁰ “[...] cumpre lembrar que os direitos fundamentais não constituem entidades etéreas, metafísicas, que sobrepaíram o mundo real. Pelo contrário, são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana.” (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.18-19).

²¹ Esta questão foi levantada pelo Professor Márcio Paiva no Seminário “Para que serve a Teoria do Direito”, no dia 12 de maio de 2005 na Faculdade Mineira de Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²² HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.291-292.

²³ “Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma “leitura moral”, pois é sobretudo através deles que se dará uma espécie de positivação constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição.” (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.79).

²⁴ Casos concretos devem ser tratados pelo Poder Judiciário. Estamos aqui tratando do plano de elaboração constitucional.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.190.

²⁶ “Por isso, consideramos, sobre todos os aspectos, preferível a idéia de que os direitos humanos, conquanto tenham se originado de fato do pensamento ocidental, se universalizaram e constituem imperativos éticos que protegem todo e qualquer ser humano, independentemente de seu país ou cultura.” (SARMENTO,

facie dos direitos individuais em relação aos bens coletivos”.²⁷

É preciso, ainda, enfrentar a afirmação habermasiana de que a idéia de direitos humanos prévios seria contraditória ao fato de os destinatários das normas verem-se, ao mesmo tempo, como seus co-autores.²⁸ Cumpre asseverar que não partimos da premissa segundo a qual direitos humanos sejam fatos morais simplesmente dados, sem qualquer relevância do contexto histórico. Ao contrário, são direitos afirmados historicamente e justificáveis racionalmente. Direitos que foram paulatinamente se desvelando na consciência e história dos povos, sendo difícil imaginar hoje a ausência de um conteúdo mínimo deontológico comum.²⁹ Note que a consideração do contexto e formas de vida específicas, bem como de conquistas históricas não se contradiz com a imanência dos direitos aqui defendidos como prévios ao poder constituinte³⁰.

Esta discussão liga-se à questão de se saber se o princípio do direito e o princípio da democracia seriam a mesma coisa, ponto que, segundo Manfredo de Oliveira, divide Habermas de Apel. Enquanto o primeiro veria os dois princípios como sinônimos, Apel entenderia que o princípio da democracia é um fenômeno contingente-

histórico em medida muito mais ampla que o direito.³¹ Essa crítica associa-se à afirmação que fizemos pouco antes de que o procedimento discursivo, por si só, não seria suficiente para a afirmação de tais direitos conquistados/reconhecidos há mais de um século. Explica-se. Ainda que o discurso pressuponha tradições culturais, nas quais inexoravelmente estão inseridos direitos humanos, não consegue ele se desvencilhar do “a priori de faticidade do mundo vivido”.³² Diante disso, defenderá Apel uma distância reflexiva do que ele chama de “discurso primordial” em relação a todas as tradições culturais, a fim de que se assegure “uma fundamentação última ético-discursiva dos direitos humanos”.³³ Discordamos de Apel quanto a qual seria essa fundamentação última dos direitos humanos, vez que para ele residiria no plano da comunidade ideal de falantes.

[...] os Direitos Humanos já não deveriam mais ser compreendidos, primeiramente, como exigência da “soberania do povo”, mas, ao contrário, como restrição tendencial dela, quer dizer, da soberania dos estados particulares pela autoridade da organização mundial de todos os Estados [...]³⁴

Habermas alvitra dois requisitos para o discurso prático. O primeiro seria “a autoconsciência e a capacidade da pessoa de assumir uma posição refletida e deliberada quanto às próprias crenças, desejos, valores e princípios”.³⁵ No que tange a esse requisito, seguimos o posicionamento do eminente filósofo. Discordamos,

Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 20).

²⁷ ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Apud SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 191.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 293.

²⁹ Lindgren Alves, referindo-se às objeções dos países afro-asiáticos, pontua que “todos, porém, deixaram de ter razão aos poucos, na medida em que os direitos consagrados pelo documento entraram gradativamente nas consciências de seus nacionais, auxiliando-nos, inclusive, nas lutas pela descolonização”. (ALVES, Lindgren J. A. A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade. Enciclopédia Digital Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lindgrenalves/lindgren_100.html> Acesso em: 10-08-2005.)

³⁰ Em sentido contrário a essa idéia, entende Luzia Marques Pinto: “Também não partilhamos da opinião daqueles autores que, deixando embora já bem vinculada a historicidade dos direitos humanos, os encaram como princípios ontológicos do direito natural que vão sendo descobertos no decurso do processo histórico, particularmente em situações-limite.” (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 143).

³¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 171.

³² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 175.

³³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Moral, direito e democracia: o debate Apel versus Habermas no contexto de uma concepção procedimental da filosofia prática In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 176.

³⁴ APEL, Karl-Otto. Dissolução da ética do discurso? In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 318.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. A ética da discussão e a questão da verdade. Org. de Patrick Savidan e tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 15.

contudo, quanto ao segundo requisito levantado, pelo qual Habermas entende que:

Os participantes, no momento mesmo em que encetam uma tal prática argumentativa, têm de estar dispostos a atender à exigência de cooperar uns com os outros na busca de razões aceitáveis para os outros; e, mais ainda, têm de estar dispostos a deixar-se afetar e motivar, em suas decisões afirmativas e negativas, por essas razões e somente por elas.³⁶

Não vislumbramos ser factível tal requisito³⁷, o que corrobora nossa insistência na heterovinculação dos participantes do discurso, os quais, no que nos concerne, seriam os constituintes.

Acerca das regras do discurso, Sampaio alerta que estas podem restringir-se a um processo mental monológico, “pois apenas será construído ou reconstruído na cabeça do gênio que resolve colocar os agentes morais [...] naquela situação imaginária”³⁸.

Imaginando a hipótese de um acordo entre agentes por meio da argumentação dialógica, anota Renaut que a aceitação de um argumento como decisivo ocorre porque o agente comunicante não viu nenhum argumento melhor, devendo tematizarmos daí um momento de monologismo.³⁹ Os direitos humanos,

sendo requisitos, mas não consequência conteudística necessária do discurso, permitiriam, então, que vencesse o melhor argumento, não importando qual fosse o melhor argumento. Certo é que para Habermas tal argumento poderia sempre ser revisto desde que outro o superasse futuramente, dada a provisoriedade da verdade, presente em sua teoria.⁴⁰ Todavia, a alteração e criação de direitos tão-somente pela via argumentativa parece-nos um solo frágil e escorregadio demais. Daí a defesa de uma base material para a justiça e de um núcleo a ser respeitado pelos participantes de uma dada criação constitucional, a fim de que se assegure o Estado democrático de Direito, na concepção que dele temos. É preciso que não nos percamos no campo deliberativo e tão-só parece ser possível por intermédio de direitos humanos substantivos, não se admitindo que estejam estes expostos na arena discursiva, a fim de provarem o seu valor e sob o risco de que um melhor argumento os aniquile.⁴¹

Habermas critica o Comunitarismo por entender que este pressupõe um etos compartilhado desconsiderando o pluralismo. Pergunta-se: também a teoria discursiva, ao admitir somente razões julgadas como válidas por qualquer pessoa, não estaria impossibilitando o pluralismo⁴² em certa medida? Uma vez que as

³⁶ Habermas assevera que o próprio Kant, com sua noção de autonomia, “já introduz um conceito que só pode explicitar-se plenamente dentro de uma estrutura intersubjetivista. E como essa idéia está indissociavelmente ligada ao conceito de razão prática, e ambas colaboram para constituir o conceito de pessoa, parece-me que só podemos preservar a substância mesma da filosofia de Kant dentro de uma estrutura que nos impeça de desenvolver a concepção de subjetividade independentemente de quaisquer relações internas desta com a intersubjetividade.” (HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org. de Patrick Savidan e tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 14-15).

³⁷ Aduz Streck que é impossível ao intérprete colocar-se em lugar do outro. (STRECK, Lenio Luiz. *A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 104).

³⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.115-116.

³⁹ Tal argumento decorre de uma pergunta feita por Alain Renaut a Habermas: “O senhor não acha que é porque “eu” não vejo nenhum argumento melhor (eu e mais ninguém) que reconheço a mim mesmo no final do debate? E que, se este último me parece legítimo, é unicamente por essa razão? Não deveríamos aceitar e tematizar aí um momento de monologismo?”. (HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Org. de

Patrick Savidan e tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 6-7).

⁴⁰ “Por outro lado, a filosofia prática atual, aprendendo com os erros do seu passado, já não se reclama de uma razão infalível (receptáculo de leis eternas, naturais ou divinas), mas de uma razão comunicativa que procura fundar na argumentação as suas verdades provisórias.” (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 103).

⁴¹ Quanto à fragilidade do consenso advindo do discurso, vale transcrever uma passagem do livro de Luzia Marques Pinto: “Giegel, citado por Gadamer (e retranscrito pelo próprio Habermas), não deixa de ter razão quando observa: ‘a classe oprimida não se contenta com o pôr em dúvida a aptidão para o diálogo da classe dominante, mas dispõe de razões suficientes para admitir que toda a tentativa de sua parte para encetar um diálogo com a classe dominante não será para esta última senão a ocasião de se assegurar de sua dominação.’ Mas ainda que viessem a pôr-se de acordo, admitindo que tudo se passava no reconhecimento mútuo de iguais direitos, sempre restaria a questão de saber se a convicção dos implicados poderia valer como critério.” (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 33).

⁴² Parece-nos que o pluralismo em Habermas ligar-se-ia à sua idéia de soberania disseminada, “naquelas formas de comunicação sem sujeito que regulam o fluxo da formação discursiva de opinião e vontade [...]”. (HABERMAS, Jürgen. *Soberania popular como*

sociedades atuais são inegavelmente plurais, voltemos a Renaut para dizer que somente seres homogêneos ou semelhantes concordariam com tais leis que exigem a concordância de todos os afetados.

Porém, admitamos que seja realmente possível o colocar-se na posição do outro, a idéia de um “alter ego”. Nesse caso, necessário seria o altruísmo digno de um “Hércules constituinte” robusto o suficiente para revidar tudo aquilo que não se refira à força do melhor argumento.⁴³ Ademais, teríamos que pressupor que “todos teriam de saber precisamente o que desejam”⁴⁴ não e deveria ser possível dizer que a opinião de qualquer um seria “tão boa quanto a de qualquer outro.”⁴⁵

Não resta dúvida de que a teoria discursiva é refinadíssima. Entretanto, há um abismo entre a Europa de Habermas e o Brasil de João e Maria. Como observou Sarmento, “quem tem fome, não é livre para nada!”⁴⁶

Nesse sentido, a adoção de uma teoria que defende o consenso como meio legitimador do Direito, deve pressupor também que a realidade do local onde se pretenda utilizá-la apresente cidadãos conscientes e envolvidos com discussões dessa estirpe. Nesse Brasil, quem canta e é feliz também enfrenta a faticidade de um mundo cruel demais, no qual o espírito cívico — que se espera em constante expansão apesar dos pesares — ainda precisa amadurecer.⁴⁷

procedimento. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 26, 100-113, março 1990, p. 111).

⁴³ Interessante alternativa à proposta de Habermas seria a idéia de Julius Frobel (1848) segundo a qual não se exigiria da minoria discordante que concordasse internamente com a opinião majoritária, “mas sim que ela abdique da aplicação prática de sua convicção até que se lhe torne possível fundamentar melhor suas razões e alcançar o número necessário de votantes.” (HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 26, 100-113, março 1990, p. 103-104).

⁴⁴ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984, p. 317.

⁴⁵ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

⁴⁶ “Ademais, existe um dado fático relevantíssimo, que não pode ser menosprezado: a sociedade brasileira é muito mais injusta e assimétrica do que a da Alemanha, dos Estados Unidos, ou de qualquer outro país de Primeiro Mundo. Segundo estatísticas oficiais [...] o Brasil tem 54 milhões de habitantes vivendo abaixo da linha da pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.184 e 281).

⁴⁷ “Somos o país do ‘elevador de serviço’ para pobres e pretos; do ‘sabe com quem está falando?’; dos quartos de empregada sem

Em termos empíricos, há uma série de exemplos corroboradores da dificuldade de obtenção da simetria de posições e da idéia de ego e alter ego, que seriam pré-requisitos da situação ideal de fala preconizada por Habermas.

Segundo Mansbridge, estudos revelam que as mulheres falam menos que os homens em debates acirrados, além de perguntarem e ouvirem mais do que emitem opiniões.⁴⁸

Um estudo versando sobre a participação dos cidadãos no planejamento e alocação de depósitos de materiais perigosos concluiu pela dificuldade de se alcançar soluções negociadas. Os participantes incluíam administradores públicos, cidadãos, a indústria de depósito de rejeitos, representantes de partidos políticos, *experts* e ambientalistas, dentre outros. A forma pela qual os diversos representantes viam uns aos outros e a si mesmos demonstra que o princípio da reciprocidade é incapaz de descer de seu pedestal de contrafactualidade para o “mundo da vida”.⁴⁹ Ademais, os pesquisadores concluíram que, devido aos objetivos opostos das partes envolvidas, grande parte do diálogo e troca de informações foi baseada em considerações estratégicas em detrimento de um desejo por informação comunicativa.⁵⁰

O próprio Habermas reconhece que a soberania popular por ele preconizada é inoperante sem o apoio de uma cultura política na qual exista “uma população

ventilação, do tamanho de armários, nos apartamentos da classe média, reprodução contemporânea do espírito da ‘casa-grande e senzala’”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 281).

⁴⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Democracia, constituição e realidade*. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, São Paulo, n. 1, jan./jun. 2003. p. 787.

⁴⁹ Pedido aos participantes para descreverem a si mesmos e aos co-participantes, o resultado foi o seguinte: “Representatives of citizens groups and national environmental organizations saw themselves as powerless defenders of nature who warned others of dangers. Nearby residents saw themselves as disadvantaged victims. Other participants viewed both neighbors and members of citizens groups as hysterics who raised fears and hindered pragmatic solutions. Waste disposal industry representatives saw themselves as weak but reasonable pragmatists seeking a competent solution. Others viewed them as powerful, profit-oriented degraders of the environment.” (ROSE-ACKERMAN, Susan. *Controlling environmental policy: the limits of public law in Germany and the United States*. New Haven: Yale University, 1995. p.105).

⁵⁰ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Controlling environmental policy: the limits of public law in Germany and the United States*. New Haven: Yale University, 1995. p. 105.

habituada à liberdade política: não há formação racional de vontade política sem o auxílio de um mundo da vida racionalizado”.⁵¹

Diante disso, reafirmamos a necessidade de definirmos conteúdos obrigatoriamente observáveis pelos grupos de pressão existentes no plano da elaboração constitucional, cientes de que esses existem e perquiram interesses específicos.⁵²

Ressalte-se que não negamos o valor do procedimento democrático, apenas insistimos em que limites sejam impostos à deliberação majoritária para que se garanta, em última instância, a proteção do próprio povo. Limites esses traduzidos na defesa de um conteúdo prévio à Constituição.

1.2 Legitimação pelo Resultado

Venha de que fonte vier a ruptura de uma ordem constitucional e com ela a manifestação do poder constituinte originário, aduz Miranda que esta formação do Estado, à qual relacionamos o processo constituinte que lhe embasa, nunca se reduz a fatos extrajurídicos. É um ato jurídico, posto “ter sempre que apelar para um princípio justificativo e sempre ter de implicar uma concepção de Direito dominante (ou talvez melhor aqui, uma vontade de Direito inovatória)”.⁵³

Aliada ao procedimento democrático, mister se faz a legitimidade substancial:

A supremacia do povo em face da Constituição não se justifica por si própria; ela justifica-se por outros valores e interesses mais elevados, como os direitos fundamentais das pessoas que compõem este povo; não pode ser absolutizada.⁵⁴

Oscar Vilhena relembra-nos do artigo original da Constituição norte-americana que proibia qualquer reforma nos dispositivos que garantiam a escravidão.⁵⁵ Da análise do artigo V⁵⁶ da Constituição de 1787, afezem-se duas limitações temporais ao poder de emenda. Até o ano de mil oitocentos e oito, nenhuma emenda poderia ser feita no que tange ao tráfico de escravos e também nenhum tributo direto poderia recair sobre tal tráfico, salvo se não fosse superior a dez dólares por escravo.

Ora, tais limitações ferem cabalmente o princípio da igualdade, comprovando que os pais fundadores não criaram o novo documento em prol de todo o povo americano, ou, pior, os negros não eram considerados povo por não serem sequer pessoas.⁵⁷

Foi preciso uma guerra civil, quase cem anos depois da Constituição promulgada, para que a escravidão fosse abolida do país. Era corrente até então, e mesmo alguns anos depois da guerra, nos “círculo liberais dos Estados do Sul” a defesa de que

⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 30.

⁵⁶ “O Congresso, sempre que dois terços de ambas as Câmaras o julguem necessário, poderá propor emendas a esta Constituição, ou, a pedido das legislaturas de dois terços dos vários Estados, convocará uma assembléia para propor emendas que, em qualquer caso, serão válidas para todos os objetivos e propósitos como parte desta Constituição, se ratificados pelas legislaturas de três quartos dos diversos Estados ou por assembléias reunidas para este fim em três quartos destes, podendo o Congresso propor um ou outro modo de ratificação. Nenhuma emenda feita antes do ano de mil oitocentos e oito poderá atingir de qualquer maneira a primeira e a quarta cláusulas da nona seção do artigo I; e nenhum Estado, sem seu consentimento, poderá ser privado de igualdade de sufrágio no Senado .” (SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.415).

⁵⁷ Apesar de o art. I, seção 2, da Constituição de 1787 falar em escravos como pessoas ao referir-se ao critério de distribuição de representantes por distritos, segundo o qual se levaria em consideração o número de pessoas livres em cada Estado e três quintos de todas “as outras pessoas”, acreditamos que os escravos não eram vistos como pessoas e sim como coisas e a menção formal da palavra pessoa não muda isso. Ora, como uma pessoa pode ser propriedade de outra? Oscar Vilhena cita parte de *Dread Scott vs. Sandford* que corrobora nossa opinião. A Suprema Corte, negando que os negros fossem cidadãos norte-americanos, vai além: “Ao contrário, eles eram [...] considerados como uma classe de seres subordinados e inferiores (...) e portanto incapazes de se associarem com a raça branca, seja em relações sociais ou políticas.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 70).

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 26, 100-113, março 1990. p. 111.

⁵² Observa Leonardo Boff, ao tratar dos deputados que elegeram Severino para presidente da Câmara dos Deputados, que “somaram-se à maioria das elites que costumeiramente tratam a República, não como res publica mas como res privata da qual se servem para garantir privilégios, prestígio e dinheiros.” (BOFF, Leonardo. Severino e os severinos. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 1 de abril de 2005. p. A13).

⁵³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2, p. 77.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2, 104.

a liberdade contratual e de comércio dependia do direito de propriedade de escravos.⁵⁸

Ainda na Convenção Federal, Elster registra que “delegados dos estados escravagistas ameaçaram retirar-se a menos que o tráfico de escravos fosse mantido”.⁵⁹ Donde resta evidente que o procedimento constituinte ilimitado pode lesar direitos tão fundamentais quanto a liberdade e a dignidade da pessoa humana. A Carta Constitucional norte-americana, aponta Barcellos, apesar de fundamentada em um substrato filosófico específico, qual seja o humanismo, conviveu com “realidades que hoje a contrariam de forma irreconciliável, como a escravidão”.⁶⁰

Conforme anota Sampaio, semelhante ultraje constata-se diante do fato de que a escravidão existiu na Grã-Bretanha até 1833, provocando um abismo de alguns séculos entre a dimensão supostamente universal do liberalismo e sua aplicação a todos os seres humanos.⁶¹

Também a abolição da escravidão na França em 1791 não prosperou como pretendiam as românticas linhas da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em 1802, Napoleão ressuscitou o malgrado instituto nas colônias francesas, que só seria enterrado definitivamente em 1848.⁶²

Destarte, somente a associação do procedimento democrático com a legitimidade substancial afigura-nos como aceitável em processos constituintes. Em se tratando da escravidão, a Constituição norte-americana serviu “como defesa de privilégios absolutamente ilegítimos de uma minoria [...]”.⁶³

Já Spinoza dizia que os reis não são deuses e sim homens, “que freqüentemente se encantam pelo canto

das sereias. Logo, se tudo dependesse da vontade inconstante de um homem, nada seria estável”. Não⁶⁴

Para este autor, leis estabelecidas seriam superiores à vontade humana. É bem verdade que o Direito Natural advindo da vontade divina é algo discutível atualmente. Entretanto, a soberania de origem sobrenatural talvez seja tão absoluta quanto a atual incondicionalidade da soberania popular que combatemos. De fato, Vile, citado por Elster, aponta que homens que já viram o poder real como um perigo, diante do uso do poder do Parlamento por um grupo para ameaçar outros grupos, constataram que “um parlamento pode ser tão tirânico quanto um rei”.⁶⁵ Diante de tal descoberta, fez-se mister o estabelecimento de *checks and balances* no Parlamento, o que ocorreu tanto na América quanto em França.⁶⁶

Há ainda que se considerarem decisões do próprio povo. Vale citar um caso em que a vontade do povo não foi a mais sensata. Narra Elster que, quando da eleição do primeiro parlamento francês após 1945, perguntou-se aos eleitores se eles queriam que a assembleia então eleita fosse também uma assembleia constituinte. Noventa e seis por cento dos eleitores responderam que sim.⁶⁷ Diante disso, conclui-se não só que há alto risco de parcialidade nas decisões de tais parlamentares-constituintes, como também que o povo nem sempre sabe escolher o que é melhor para si próprio.

Mais uma vez, repita-se, a origem popular das leis é inseparável da idéia de Estado Democrático de Direito. Todavia, os direitos fundamentais não podem

⁵⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 187.

⁵⁹ ELSTER, Jon. Constitutional bootstrapping in Philadelphia and Paris. *Cardozo Law Review*, 1992/1993. p. 109.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. São Paulo: Renovar, 2002. p. 22.

⁶¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 170.

⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 205.

⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 84.

⁶⁴ (...) who are often enchanted by the Siren's song. Accordingly, if everything depended on the inconstant will of one man, nothing would be stable." *Tractatus Theologico-Politicus* apud ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p.89.

⁶⁵ "A parliament could be as tyrannical as a king." VILE, M.J.C. (1967), *Constitutionalism and the separation of powers*. apud ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 129.

⁶⁶ Lembra Elster que tal ocorreu em 1787 na América, ao passo que na França, em 1789, o poder do rei estava ainda sendo substituído por um Parlamento que só mais tarde seria controlado. (ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 129).

⁶⁷ ELSTER, Jon. *Legislatures as constituent assemblies*. In: BAUMAN, R.; KAHANA, T. (Ed.) *Legislatures and constitutionalism: the role of the legislature in the constitutional state*.

ser resultantes de um processo deliberativo que flua livremente sem qualquer tipo de orientação substantiva. A legitimação do Direito através de valores é possível. Por óbvio não estamos a falar de uma legitimação aparente e sim efetiva, pela busca da igualdade substancial em oposição à formal. A igualdade meramente procedimental não atende às exigências da justiça, uma vez que os direitos humanos são conteúdos e não requisitos procedimentais.

Conforme assevera Barroso, “a democracia tem uma dimensão substantiva, não devendo ser confundida como simples aplicação da regra majoritária”.⁶⁸ José Afonso da Silva, por sua vez, entende que “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*.”⁶⁹

Muller não fala que limites materiais deveria o poder constituinte observar de forma taxativa. Todavia, por referir-se expressamente à vinculação material, entendemos que o autor entende tais limitações como necessárias.

Caso exista o correspondente texto da norma, as expressões ‘a partir do povo’ e ‘do povo’ devem ser tratadas normativamente, com isso também de modo materialmente vinculado, conteudístico. Como a legitimidade, a revolução, o direito à resistência, o poder constituinte em geral, elas podem ser derivadas, em parte comparativamente, da tradição dessa família constitucional, preservada historicamente como vinculante, que de qualquer modo até agora não se tornou obsoleta enquanto critério de aferição (âmbito material; ao lado disso, nesse sentido também aspectos interpretativos históricos, genéticos, teóricos oriundos do Direito Comparado).⁷⁰

De fato, alerta-nos que o enunciado “a quem” compete o poder de constituir a constituição é incompleto para se atingir a legitimidade. Entre outras coisas, a pergunta exclusiva pelo “quem”, que aqui interpretamos como a defesa do procedimentalismo:

[...] c) poderia encobrir toda e qualquer barbárie de conteúdo da Constituição ‘normativa’, bem

como da Constituição real com o argumento de que o poder constituinte estaria sabidamente com o povo, sendo portanto esse Estado legítimo.⁷¹

Utilizamos o termo procedimentalismo de forma mais ampla para abordar as diversas correntes que defendem que “toda pretensão de se controlar os resultados produzidos pelo procedimento democrático que extrapole a defesa dos requisitos mínimos para o funcionamento da democracia”⁷² é inaceitável. Para nós, ao contrário, há direitos aos quais o procedimento democrático deve obedecer. Direitos esses que não seriam requisitos para o processo discursivo constituinte e sim propriamente conteúdos observáveis. Dai afastarmos-nos da concepção habermasiana, segundo a qual o princípio do discurso retiraria a dimensão substantiva dos direitos fundamentais:

Por conseguinte, os direitos fundamentais perdem qualquer conotação substantiva, assumindo um papel próprio da comunicação humana. Nesse sentido, a liberdade, por exemplo, resumir-se-á à perspectiva do indivíduo de participar na implementação dos discursos sociais de fundamentação e aplicação de normas jurídicas. A dignidade da pessoa humana passa a ser compreendida pelo fato de todos poderem participar em simétricas condições no discurso com todos os demais interessados.⁷³

Parece-nos que a simétrica paridade equipararia dois conceitos que seriam, em verdade, diferentes: igualdade e dignidade da pessoa humana. O segundo é um dos fundamentos da ordem constitucional brasileira e até mesmo da legitimidade do Direito. É inerente a cada ser humano pelo só fato de ser. A igualdade, por sua vez, é um modo de tratamento justo a pessoas já desde sempre dignas, pois a dignidade é inata, ao passo que a igualdade é reconhecida. Na dignidade da pessoa humana repousaria o “a priori” constitucional como limite ao processo de criação constituinte.

Conforme acentua Kervégan, não há nenhum outro regime que restrinja tanto o espaço não-político,

⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. São Paulo: Renovar, 2002.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000.p.146.

⁷⁰ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 92

⁷¹ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 113.

⁷² VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 22

⁷³ SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. Poder constituinte e patriotismo constitucional. (No prelo.)

e, por conseguinte, os direitos naturais do homem, quanto a democracia.⁷⁴ Este autor, contudo, defende uma fundamentação estritamente política dos direitos humanos, ancorada no princípio de igualdade política.

De nosso lado, na linha de Muller, a pergunta sobre o conteúdo de uma nova ordem constitucional é essencial para a aferição da legitimidade desta. Sobre possíveis conteúdos, o autor menciona a igualdade jurídica, a proteção de minorias e os direitos fundamentais necessários à democracia.⁷⁵ Vale ressaltar, todavia, o cuidado que o autor tem ao tratar de fixação de conteúdos, pois está plenamente atento para as circunstâncias históricas passíveis de defini-los⁷⁶:

Em termos normativos, o art. 79 III só não transcende a Lei Fundamental e a sua vigência. A teoria constitucional não muda isso, ela não confere nenhuma dignidade jusnaturalista. Preserva um critério de aferição produzido pela história constitucional mais recente da Europa Continental e dos EUA, formulando-o no quadro do horizonte de tempo no qual ela mesma se insere como *essentiale* dessa tradição dotado de vinculação político-moral. [...] A idéia de poder constituinte enquanto pergunta pela legitimidade e pela revolução legítima foi desenvolvida, conquistada em lutas nesse espaço histórico e é aqui apenas tradição vinculante (cultural e jurídica).⁷⁷

O texto transcrito fala em “revolução legítima”,⁷⁸ sendo importante destacar que tal adjetivação denota que há revoluções ilegítimas, ainda que em nome do povo e, em tal hipótese, não haveria espaço para o poder constituinte originário atuar. Muller aduz que “essa liberdade para a revolução legítima enquanto direito de liberdade em nome do Estado Constitucional só pode, portanto, ser concebida no Estado Não-

Constitucional”.⁷⁹ O “poder constituinte do povo”, por sua vez, não é absoluto, sendo necessário caracterizar como ilegítimas práticas que não correspondam a uma atualização do poder constituinte do povo. Também Sampaio alerta-nos para a diferenciação entre mudanças inconstitucionais e manifestações constituintes.⁸⁰

Essas considerações embasam o entendimento de que o poder constituinte originário não é ilimitado e exige sempre a análise do contexto respectivo. Neste sentido, Canotilho: “sob o ponto de vista jurídico, o poder constituinte convoca irrecusavelmente a “força bruta” que constitui uma ordem jurídica para o terreno problemático da legitimação e legitimidade.”⁸¹

Nada como a história para nos ensinar que nem toda revolução é para o bem comum, que a revolução não traz em si o germe da esperança, causando muitas vezes o seu oposto: a destruição e o ódio. Neste sentido, alerta-nos Fernando Armando Ribeiro que:

Sim, já em pleno século XXI, a nossa experiência tem sido suficientemente rica para demonstrar que o progresso político da humanidade não caminha em linha reta e contínua, pois a qualquer instante, sem motivo lógico, estouram novas guerras e conflitos para destruir, num curto interregno de tempo, o que de mais sublime o pensamento humano pôde criar desde as origens do mundo. Hitler e Stalin são exemplos frisantes de tal realidade.⁸²

Os totalitarismos alertaram o mundo para “a necessidade de se reconstruir o sistema jurídico a partir de um conceito ético mais sólido”.⁸³ A Constituição de Weimar não estabelecia limites substantivos à sua reforma, o que terminou por facilitar “a revolução ju-

⁷⁴ KERVÉGAN, JEAN-FRANÇOIS. Democracia e direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003. p. 118.

⁷⁵ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 116.

⁷⁶ Frise-se que pensamos que o contexto histórico não é o único critério para se limitar a criação de uma nova constituição.

⁷⁷ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 111.

⁷⁸ “O último governante da dinastia de Habsburgo reagiu à informação: ‘Majestade, revolução!’ com a pergunta ‘Pois é, mas será que eles podem fazer isso?’”. (MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 125.)

⁷⁹ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 117.

⁸⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 31.

⁸¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999. p. 63.

⁸² RIBEIRO, Fernando Armando. Conflitos no Estado constitucional democrático: por uma compreensão jurídica da desobediência civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 65.

⁸³ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25.

rídica levada a cabo por Hitler”.⁸⁴ Diante de tais atrocidades:

Tem-se, assim, um processo de substantivação do direito constitucional, passando a legitimidade da produção legislativa, assim como a da reforma da Constituição, a estar vinculadas não somente à realização de um procedimento, mas à submissão a um Direito com conteúdo ético, que busca seu fundamento nos direitos humanos, no direito natural e nos princípios do Estado de Direito e da separação dos Poderes.⁸⁵

Ainda sobre a questão da revolução legítima, comum a qualquer Estado, há um limite imposto pela teoria mulleriana que optamos por denominar de impossibilidade de regressão constitucional. Inadmissível, nessa linha, que o poder constituinte do povo legitimasse a conversão de um Estado Constitucional em ditadura, por exemplo. Neste sentido, a Lei Fundamental de Bonn reconhece o direito de resistência, mas limita-o por disposição constitucional, podendo ser exercido somente contra quem intente derrubar a ordem.⁸⁶ Os princípios ordenadores de tal direito seriam, pois, a forma federativa de estado democrático e social.

O que é reiterado continuamente na obra de Muller é que o poder constituinte deve ser apreciado como texto de norma. Nega este autor, pois, caráter pré-constitucional ao poder constituinte do povo. Também “a concepção do cerne da Constituição não é pré-constitucional. Ela somente entra em jogo quando o ‘poder constituinte’ está contido no respectivo docu-

mento como texto da norma”⁸⁷. Não obstante, o poder constituinte tem um âmbito material que o vincula:

[...] um grupo de instituições, garantias jurídicas e formas de organização que se nutre da tradição na medida homogênea desse círculo constitucional e deve, quanto aos seus pormenores, ser elaborado pela história constitucional e pelo direito constitucional comparado.⁸⁸

Muller propositalmente intitula seu trabalho de ‘fragmento’ sobre o poder constituinte do povo, por entender que este poder restará um fragmento, uma vez que, “enquanto a história real não se cansar de nos superar, ela nos reservará surpresas”.⁸⁹ Da leitura que fizemos, não pretende o autor formular uma teoria universal, nem sequer parece-nos que ele diria estar teorizando e sim apenas restringindo um conceito (poder constituinte) para aplicá-lo à realidade constitucional alemã:

Em vez disso, a expressão “poder constituinte” interessa-nos aqui como texto jurídico (não como texto ideológico); e isso quer dizer, como parte integrante normal dos documentos constitucionais nos quais ela aparece. Por que essa opção? Conceitos não são usados gratuitamente. Diplomas constitucionais não falam impunemente do “poder constituinte”; e se o fazem, deveríamos puni-los por isso – tomando a expressão do poder constituinte ao pé da letra.⁹⁰

José Afonso da Silva, por sua vez, entende que a opção do constituinte de 1988 pela inserção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito foi decorrência do tratamento desrespeitoso, inclusive a prática de tortura, ocorrido no período ditatorial anterior à redemocratização.⁹¹ A história, neste caso, levou a uma exigência

⁸⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 94.

⁸⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25-26. O autor ressalta que tal substantivação não se deu sem aporias. “Uma leitura das decisões mais importantes do Tribunal Constitucional alemão e das controvérsias ali instauradas pelas diversas correntes de juízes é suficiente para demonstrar isto.” p. 26.

⁸⁶ “Contra qualquer um que intente derrubar esta ordem (refere-se à condição de Estado Federal, democrático e social, isto é, à ordem constitucional), todos os alemães têm direito de resistência quando não for possível outro recurso.” Art. 20, alínea 4, da Lei Fundamental de Bonn apud RIBEIRO, Fernando Armando. Conflitos no Estado constitucional democrático: por uma compreensão jurídica da desobediência civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 66.

⁸⁷ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.130

⁸⁸ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 126.

⁸⁹ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 133.

⁹⁰ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 20.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 144-145.

imposta sob o poder constituinte originário. A dignidade da pessoa humana não seria corolário e sim pré-requisito ao poder constituinte, conforme temos sustentado ao longo deste trabalho.

Nesse passo, vale registrar que os direitos aniquilados ao longo da história e por isso reascendidos em constituições posteriores, não obstante serem fruto de um processo histórico necessário à sua afirmação, são também inalienáveis e inatos. Se não foram desde sempre reconhecidos, trata-se aí sim de um problema exclusivamente histórico.

Parece-nos que influências não são voluntariamente descartáveis e sim intrinsecamente vinculadas a qualquer nova ordem que se crie. Conforme nos ensina Gadamer, estamos imersos na tradição,⁹² e é ela quem nos guia. Com Canotilho, temos que “também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural”.⁹³ Entendemos, dessa sorte, que as influências seriam o próprio contexto limitador.

Mister se fazem, entretanto, algumas considerações acerca do alcance de tal limitação. Souza Cruz, versando sobre o Poder Constituinte Originário sob a ótica habermasiana, aduz que:

Por conseguinte, o conceito de mundo da vida não pode ser entendido como um dado *a priori*, algo que seja um limite intransponível para a ação do Poder Constituinte Originário, visto que sua dimensão empírica permite o rompimento/superação de condicionantes impostos por esse pano de fundo lingüístico-cultural que envolvia os interlocutores do discurso.⁹⁴

Parece-nos acertada a possibilidade de superação de certos contextos históricos por uma nova constituição ou nova interpretação constitucional — caso se entenda o processo constituinte como permanente — uma vez que as tradições não podem ser asfixiantes sob pena de não haver liberdade. Tal não impede, to-

davia, a manutenção de um núcleo deontológico⁹⁵ a ser observado. O contexto histórico, pois, influencia, mas nem sempre condiciona integralmente o conteúdo da Constituição.

Apesar do enorme valor conferido ao procedimento democrático em Muller, parece-nos que ele igualmente enfatiza o valor da família constitucional para definição do cerne material da Constituição. Ora, não seria tal família anterior à “constituição da Constituição” e fator determinante para esta? É Muller quem afirma que:

A família constitucional no sentido do cerne material aqui referido é a família liberal-democrática. Contra ela, o “poder constituinte do povo” vai além desse círculo, abrange também variantes radicalmente democráticas, de democracias de conselhos, por fim também variantes populistas e cesaristas.⁹⁶

Vilhena reconhece o risco de que dispositivos superconstitucionais⁹⁷ sejam mal formulados e então propõe que as limitações materiais ao poder de reforma assegurem “proteção especial àqueles direitos, princípios e instituições que, além de essenciais à formação de uma vontade democrática, constituem verdadeira reserva constitucional de justiça”.⁹⁸

Em linhas gerais, vislumbramos a antecedência dos direitos humanos em relação à autonomia pública, mas de forma diferente do sentido dado pelos liberais.⁹⁹ Outrossim, a autonomia pública pode, por vezes,

⁹² “Pois também o problema hermenêutico se aparta de um saber puro, separado do ser. Anteriormente falamos da pertença do intérprete à tradição com a qual está às voltas e vimos que a própria compreensão é um momento do acontecer.” (GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 414).

⁹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999. p. 77.

⁹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. (No prelo.)

⁹⁵ Assevera Souza Cruz que, para Habermas, os direitos fundamentais têm pretensão de universalidade, pois são capazes de passar no teste de reciprocidade, imposto pelo princípio da moralidade. (CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. (No prelo.)

⁹⁶ MULLER, Friedrich. Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

⁹⁷ Oscar Vieira trata das limitações materiais ao poder de reforma, ou seja, poder constituinte derivado e não originário. Todavia, seu posicionamento é útil também quanto ao nosso objeto de estudo.

⁹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 30.

⁹⁹ Mesmo entre os liberais, há diversas posições possíveis: “No entanto, a história das idéias não é linear, mas às vezes parece percorrer verdadeiros ciclos. E assim, eis que o individualismo burguês, na sua versão mais extremada, ressurgiu no final do século XX, pela voz dos autores ditos libertários, cujo magistério encontrou algum eco no contexto de crise do Estado Social. Os libertários, como Friedrich von Hayek, o casal Friedman e Robert Nozick, não se contentam em afirmar a primazia dos

interferir na autonomia privada, uma vez que não é toda visão particular acerca do que é bom que deve ser legitimada. Nada obstante, há direitos fundamentais limitadores da soberania popular.

A igualdade e a dignidade da pessoa humana, por exemplo, seriam valores traduzíveis em direitos fundamentais passíveis de universalização. Direitos esses que não são produto de convenções.¹⁰⁰ Todavia, direitos fundamentais não são absolutos, o que nos afasta de liberais como Dworkin. Para esse autor, direitos fundamentais não podem ser restringidos por razões de política, emergência ou utilidade, e sim somente em face da proteção de outros direitos também fundamentais (razões de princípios).¹⁰¹

O interesse público é o interesse dos indivíduos *lato sensu*. Como assevera Sampaio, “não existe um terceiro sujeito que seja o seu Geral ou o Sr. Público”.¹⁰² Segue afirmando que é necessário um equilíbrio entre os direitos e a política:

O balanço entre ambos é que possibilita não apenas a existência real dos direitos, mas também levá-los a sério, com uma presunção de prevalência dos direitos contra o risco do *ethos* de sociabilidade se ter convertido em *raison d'état*, sem tanta retórica descompromissada com a dimensão factual da validade dos direitos, mas *taking rights seriously*.¹⁰³

Diante das “opções conjunturais ou de compromissos efêmeros firmados durante o procedimento

constituente”,¹⁰⁴ como assegurar um parto seguro de nosso documento?

Assim como Sarmiento salienta a necessidade de cláusulas pétreas para “a salvaguarda de determinados valores fundamentais, que não podem ficar expostos nem mesmo à vontade das maiorias qualificadas capazes de editarem alterações nas constituições”,¹⁰⁵ defendemos nós um núcleo obrigatório intangível pelos constituintes, não o compreendendo como mero requisito procedimental¹⁰⁶ e sim galgando-o ao *status* de limite material ao poder constituinte originário.

Se é certo que o Direito e as concepções a seu respeito evoluem, há, por outro lado, algo de permanente que não pode se volatilizar diante do princípio democrático, algo de constante a servir de garantia para a coerência das alterações constitucionais seguintes, algo de perene que nem mesmo uma revolução poderia solapar.

Uma das críticas colocadas ao jusnaturalismo, entre outros por Luhmann, é que em tal concepção “vem formulada uma interpretação do ambiente a um nível de complexidade e de variabilidade relativamente baixos”.¹⁰⁷ Todavia, é possível pensar direitos naturais na atual pluralidade em que estamos imersos, mesmo porque “a pluralidade das concepções do mundo não faz da questão do sentido da vida uma questão sem sentido”.¹⁰⁸ O Direito é vivo e mutável posto ser feito

indivíduos sobre a sociedade e o Estado VIRGULAS?— tese que também encampamos. Eles vão muito além disso, ao defender o Estado mínimo, com base numa leitura reducionista dos direitos fundamentais, que não atribui nenhuma importância à igualdade substantiva e à solidariedade e nega o próprio conceito de justiça distributiva — e nisso os libertários diferenciam-se profundamente dos chamados liberais igualitários, como John Rawls e Ronald Dworkin.” (SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.)

¹⁰⁰Dworkin concebe “os direitos básicos como “direitos naturais” ou “morais” que não são produto de convenções, dos costumes, das leis ou do reconhecimento pelo Estado”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 71.)

¹⁰¹SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 71.

¹⁰²SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 3.

¹⁰³SAMPAIO, José Adércio Leite. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 75.

¹⁰⁴SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 358.

¹⁰⁵SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 357.

¹⁰⁶Sarmiento não interpreta as cláusulas pétreas como sendo puramente procedimentais: “na medida em que o conceito de democracia em que nos baseamos é um conceito substantivo, que supõe a garantia dos direitos fundamentais, inclusive sociais, e um nível mínimo de igualdade material entre as pessoas”. (SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). Quinze anos de constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 362).

¹⁰⁷LUHMANN, Niklas. Condizioni sociali e politiche dello stato di diritto. Apud PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 57.

¹⁰⁸PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 31.

em face da diversidade e para pessoas em si mesmas plurais, é certo; mas pessoas dotadas de um núcleo comum que é precisamente o que as torna humanas.

Daí autores contemporâneos defenderam a existência de limites transcendentais ao poder constituinte, assim os definindo Miranda:

[...] são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva (conforme se entender).¹⁰⁹

Michael Perry é um dos autores contemporâneos que, apesar de não tratar do poder constituinte em si, defende uma fundamentação religiosa para os direitos humanos, premissa esta que levaria inexoravelmente à sua precedência sobre deliberações políticas ou democráticas.

Em uma citação que faz de Gaita, revela-se a linha que Perry segue em seu raciocínio. Tal citação basicamente nos coloca diante do seguinte mosaico: ouvimos e repetimos que todos os seres humanos detêm a mais preciosa dignidade, que a todos é devido respeito incondicional, que todos possuem direitos inalienáveis e outras variações destas idéias. Pois bem, Gaita então afirma que todas estas ilações são formas de tentarmos dizer o que sentimos necessidade de dizer, só que temos que fazê-lo tolhidos das fontes conceituais que precisaríamos para dizê-lo.¹¹⁰

De fato, é plausível pensarmos que a busca incessante por fundamentos para a dignidade inerente ao ser humano não pode ser feita senão a partir da transcendência mesma do ser. Se é inerente ao ser, não há

como buscá-la em outro lugar que não em sua origem. Pergunta-nos Perry se há alguma base não religiosa capaz de sustentar o peso de que todo ser humano Virgulas?— inclusive o “outro” — tem dignidade inerente e por isso é inviolável.¹¹¹

Se o homem nasce com um valor intrínseco, se o homem nasce livre, se é digno desde sempre... De onde vem este valor? É suficiente que o reconhecimento mútuo de tais valores seja a base, o cerne de tais direitos? Ora, se são intrínsecos, somente *a posteriori* seriam intersubjetivos, no que forem delegáveis.

Habermas tem no consenso um dos pontos marcantes em sua teoria. Apostar no consenso exige a crença de que este tende a ser atingido democraticamente: “[...] direitos individuais pleiteáveis só podem ser derivados de normas que tenham sido procedimentalmente, isto é, intersubjetivamente reconhecidas em uma comunidade jurídica”.¹¹²

Prossegue este autor aduzindo que só há autonomia quando há autolegislação, nesse sentido “o modelo da assembleia constituinte é o momento crítico para uma compreensão construtivista dos direitos fundamentais”.¹¹³ Só que toda construção pressupõe bases sólidas, sem as quais os valores mais caros esvair-se-ão “embotados de cimento e lágrima”. É preciso pensar a realidade como ela é, os agentes com interesses muitas vezes inegociáveis, porque impostos por fatores econômicos e ideológicos, e as pessoas com direitos irrenunciáveis que precisam ser protegidos efetivamente contra o mundo real, toda vez que o mundo da vida¹¹⁴ não alcançar sua dimensão transcendente.

Dirá Habermas, pois, que “não podemos

¹⁰⁹MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2, p. 107.

¹¹⁰“We may say that all human beings are inestimably precious, that they are ends in themselves, that they are owed unconditional respect, that they possess inalienable rights, and, of course, that they possess inalienable dignity. In my judgment these are ways of trying to say what we feel a need to say when we are estranged from the conceptual resources we need to say it. Be that as it may, each is problematic and contentious. Not one of them has the simple power of the religious ways of speaking.” (GAITA, Raimond. A common humanity: thinking about love and truth and justice. Apud PERRY, Michael J. The morality of human rights: a nonreligious ground? Emory Law Journal, v. 54, p. 97-150, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=685550>> Acesso em: 01-1-2005 p.103).

¹¹¹PERRY, Michael J. The morality of human rights: a nonreligious ground? Emory Law Journal, v.54, p. 97-150, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=685550>> Acesso em: 01-10-2005. p. 125.

¹¹²HABERMAS, Jurgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. Trad. de Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 79.

¹¹³HABERMAS, Jurgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. Direito e legitimidade. Trad. de Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003. p. 80.

¹¹⁴O mundo da vida é uma expressão utilizada por Habermas cuja dimensão transcendente “constitui um pano de fundo no qual a humanidade se insere de forma intersubjetivamente compartilhada, o que transforma aquele que participa de um discurso em alguém que “está-envolvido-numa-comunicação-linguística-voltada-para-o-consenso”. (CRUZ, Álvaro Ricardo

conhecer a verdade, esta pode apenas ser pensada, de modo que é necessário declinarmos desta pretensão e contentarmo-nos com a pós-metafísica aceitabilidade racional.¹¹⁵ Abandonar a verdade e seguir tendo por norte o fato de que só podemos andar para a frente e que sempre teremos a provisoriade do consenso factual. Cabe aqui pensarmos com Moreira:

[...] o argumento habermasiano padece de fraquezas: a primeira, do ponto de vista epistemológico, por que se deve aceitar um argumento quando este contraria interesses ou convicções? Como conseqüência, se todos os argumentos são marcados pela falibilidade, como Habermas legitima sua assertiva? Finalmente, e mais importante, deduz-se de seus argumentos um metadiscurso que se torna externo às suas prescrições. Portanto, parece que tal argumentação concede demasiadamente a um consenso factual, praticamente eliminando qualquer possibilidade de se perquirir a validade dessa forma de argumentação.¹¹⁶

Merece menção nesta discussão acerca dos direitos humanos o americano Richard Rorty. Parte ele de um ponto mais à frente na trajetória dos direitos humanos, entendendo que não há necessidade de questionarmos sobre a origem desta estrada. Parte ele da “cultura dos direitos humanos”, cultivada no Ocidente e moralmente superior.¹¹⁷ Por que moralmente superior? Tal pergunta não seria cabível à luz da teoria rortyana precisamente porque ele rejeita a fundamentação dos direitos humanos, entendendo que, se esta não trouxe soluções satisfatórias até hoje, é preciso que alteremos a pergunta a ser feita. Ao invés de indagarmos qual é a nossa natureza, passaremos a questionar o que podemos fazer de nós mesmos.¹¹⁸

Os pós-modernos em geral negam a possibilidade de qualquer alegação universal de direitos humanos. A conseqüência de tal relativização de verdades é a de destruir qualquer base universal, normativa e princi-

piológica para se dizer que direitos humanos simplesmente existem.¹¹⁹

Sem tal base, aduz Zuhtu Arslan que não haverá também nenhum critério para que possamos distinguir entre o certo e o errado, sendo que tal *vacuum* ético poderia levar à legitimação/justificação de qualquer crença e prática no reino dos direitos.¹²⁰ Daí a necessidade de um *a priori* constitucional.

Conclusões

Se de um lado é bem verdade que a procura de uma fundamentação dos direitos humanos mobilizou variados autores, sendo que talvez nunca se chegue a uma teoria satisfatória ou imune a críticas, por outro, tal caminhar contínuo pela resposta fundamental a perguntas do tipo: “por que temos direitos, seriam eles inalienáveis e inatos?” é o que fortalece e protege a dignidade da pessoa humana.

Apesar da grandeza da teoria habermasiana, a sua fundamentação dos direitos humanos na intersubjetividade e não na dignidade da pessoa humana¹²¹ é algo do qual discordamos. Por certo, Habermas pressupõe para isso as categorias de direitos fundamentais que irão permitir a igualdade de condições no discurso. Mas tais pressupostos parecem estáveis em face da mudança que de resto se impõe ao processo de criação constitucional. Se são estáveis, de onde decorreriam? Pelo menos tais condições não seriam provenientes de um consenso moral e o restante ficaria por conta do consenso procedimental?¹²²

de Souza. Poder constituinte e patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 95.)

¹¹⁵MOREIRA, Luiz. Introdução. In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 21.

¹¹⁶MOREIRA, Luiz. Introdução. In: MOREIRA, Luiz. (Org.) Com Habermas, contra Habermas. São Paulo: Landy, 2004. p. 21.

¹¹⁷RORTY, Richard. Human rights, rationality, and sentimentality. Disponível em: <http://www.usm.maine.edu/~bcj/issues/three/rorty_text.html>. Acesso em: 20-09-2005.

¹¹⁸RORTY, Richard. Human rights, rationality, and sentimentality. Disponível em: <http://www.usm.maine.edu/~bcj/issues/three/rorty_text.html>. Acesso em: 20-09-2005.

¹¹⁹ARSLAN, Zuhtu. Taking Rights less seriously. Res Publica, Netherlands, v. 5, p. 195-215, 1999. p. 210.

¹²⁰ARSLAN, Zuhtu. Taking Rights less seriously. Res Publica, Netherlands, v. 5, p. 195-215, 1999. p. 209.

¹²¹“Conseqüentemente para ele a busca de uma fundamentação da cidadania e dos direitos humanos na dignidade da pessoa humana revela-se insuficiente, pois é a intersubjetividade de sujeitos livres e iguais que se associam para viverem e autolegislarem como homens livres e iguais é que possibilita essa fundamentação.” COSTA, Alexandre Bernardino. Desafios da teoria do poder constituinte no Estado Democrático de Direito. UFMG. Belo Horizonte, 2005. P.166.

¹²²Aduz Alexandre Costa que para Habermas “O direito constitucional não reflete um consenso moral, mas sim um consenso procedimental que possibilita ao poder constituinte sua permanente e dinâmica atualização”. (COSTA, Alexandre Bernardino. Desafios da teoria do poder constituinte no Estado Democrático de Direito. 2005. Tese (Doutorado) – Universidade

Pensamos, pois, que as condições possibilitadoras do discurso encerrariam em si uma dignidade substancial, impassível de negociação. Afirmar isso não implica a adoção de valores predominantes em detrimento do pluralismo e sim reconhecer um mínimo altamente controverso, uma vez que cada um o verá de forma diversa.¹²³ Mas o ponto que se pretende frisar muito menos que elencar tais direitos fundamentais é dizer de sua substancialidade. Partir da premissa de que sua materialidade é anterior ao discurso.

Por isso, é que se opta por uma visão material dos direitos fundamentais, como valores a serem justificados por si, que se bastam em seu valor, antes de qualquer consenso, como marcos da dignidade humana. Não há como enumerá-los taxativamente ou mesmo categorizá-los, de sorte que é cada situação que conduzirá à elucidação de tais direitos. Também no processo constituinte estão tais direitos a atuar como princípios norteadores de toda a ordem constitucional, seja ele um processo radicalmente novo ou uma transição. Princípios estes jamais vistos como meios ou requisitos a possibilitar processos decisórios dos quais surgiriam direitos substantivos.

Mister que fique claro também que só existe democracia onde houver liberdade e igualdade. Nesse sentido, constitucionalismo e democracia são perfeitamente conciliáveis.

De fato, ainda que se pretenda afirmar que o poder constituinte originário rompa integralmente com a ordem constitucional anterior, seria possível aceitarmos sua ruptura também com o constitucionalismo? Não vislumbramos. Poderia haver uma inconstitucionalidade em relação à Carta com a qual rompe, sem, contudo, ser admitida discordância com os pilares do constitucionalismo.

Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte. p. 139).

¹²³“O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.” (BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Direito e Democracia, Canoas, v. 3, n. 2, 345-383, 2 sem. 2002. p. 376).

Nesta esteira, há elementos do constitucionalismo¹²⁴ que devem ser observados por toda e qualquer constituição, quais sejam a limitação dos poderes governamentais, a aderência à lei e a proteção dos direitos fundamentais.¹²⁵ Podemos dizer que o constitucionalismo evoluiu com a história,¹²⁶ sem perder jamais sua característica de limitação do poder constituinte originário.

É esta nossa idéia de legitimação constitucional: a dignidade da pessoa humana. É este o limite onipresente a que o poder constituinte deve obedecer. Outros tantos: circunstanciais, temporais, históricos existem. Mas nenhum outro é perene, a não ser este: os direitos fundamentais sempre decorrentes desta dignidade.

A eternidade destes valores talvez não tenha se concretizado neste texto como se esperaria, sob o viés positivista. Mas o que se pretendeu aqui foi, acima de tudo, preencher corações e não textos legais. Criar sentimentos e não doutrinas sistematizadas. Gerar esperança e não filosofia. Enfim, é dizer com Antígona a Creonte:

“Então, por que demoras? Em tuas palavras não há: e nunca haja: nada de agradável. Da mesma forma, as minhas devem ser-te odiosas. E quanto à glória, poderia haver maior que dar ao meu irmão um funeral condigno? (Designando o Coro com um gesto.) Eles me aprovariam, todos, se o temor não lhes tolhesse a língua, mas a tirania, entre outros privilégios, dá o de fazer e o de dizer sem restrições o que se quer.”

¹²⁴ Usamos o termo constitucionalismo tendo por marco a Revolução Francesa.

¹²⁵ ROSENFELD, Michel. Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives. London: Duke University Press, 1994. p. 3.

¹²⁶“Surgido no século XVIII e triunfante no século XIX, o conceito de Constituição vai acusar no século XX as repercussões dos acontecimentos que o balizam. Em vez de um conteúdo determinante e único, torna-se, com a sua propagação e com a sua adoção por diferentes regimes e sistemas políticos (como se sabe), um conceito aberto a uma pluralidade de conteúdos.” MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991. t. 2, p. 19).