

A LEGITIMIDADE DO ESTADO DE DIREITO NAS RAIAS DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

THE LEGITIMATE STATE OF LAW IN CONSTITUTIONAL DEMOCRACY RAYS

Vinícius Silva Bonfim¹

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade a análise da Teoria da Constituição sob o olhar da tese do patriotismo constitucional trabalhado por Jürgen Habermas. Elaborou-se primeiramente uma visão da cidadania moderna na dinâmica de busca por efetividade da democracia constitucional. O artigo analisa criticamente a função da cidadania na efetividade da Constituição uma vez que o processo de construção democrática é um vir a ser contínuo de luta por reconhecimento de direitos. Demonstra-se que os sujeitos constitucionais, a partir do uso dos direitos fundamentais, fazem a interpretação da Constituição de maneira que ela se torne um constante interpretar das múltiplas identidades coletivas. Para que ocorra a construção permanente da Constituição, aberta para uma comunidade de interpretes, antes se deve ter uma devida compreensão da cidadania, da democracia e da Constituição.

Palavras-chave: Democracia, Cidadania, Constituição, Efetividade, Patriotismo Constitucional.

ABSTRACT

This article aims to analyze the theory of the Constitution from the perspective of theory of constitutional patriotism worked by Jürgen Habermas. It was first elaborated a vision of modern citizenship in the dynamics of search effectiveness of constitutional democracy. The article critically examines the role of citizenship in the Constitution effectiveness once the construction process is a democratic become continuous struggle for recognition of rights. Demonstrates that the constitutional subject, from the use of fundamental rights, make the interpretation of the Constitution so that it becomes a constant interpretation of multiple collective identities. For the occurrence of permanent construction of the Constitution, to open a community of interpreters, first one must have a proper understanding of citizenship, democracy and the Constitution.

Keywords: Democracy, Citizenship, Constitution, Effectiveness, Constitutional Patriotism.

¹ Mestre e Doutorando em Teoria do Direito pela Puc/Minas, Professor no I.E.S. J. Andrade e Professor na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

1 - Introdução

O presente artigo visa construir um raciocínio que aponte a necessidade urgente de elaboração de uma teoria que possa dar suporte a aplicação do direito sem que se tenha uma alternativa paternalista ou clientelista à democracia. Quer dizer, para que se realmente tenha uma Constituição democrática não basta que o texto normativo expresse essa vontade, já que a construção do direito perpassa também pelo discurso de justificação (judiciário), além do discurso de aplicação (legislativo).

O processo de legitimidade do direito não se realiza tão somente pelo o que os teóricos do direito e da teoria da argumentação jurídica chamam de discurso de aplicação, mas sim também por um discurso de justificação que ocorre no ato de efetivação da norma.

Em uma democrática constitucional é necessário que os cidadãos se reconheçam como coautores das decisões do Estado. É uma via de mão dupla, o Estado só possui o monopólio da coerção em virtude da liberdade dos indivíduos de constituí-lo democraticamente. Sendo assim, a representatividade da atividade estatal, em qualquer poder ou esfera que se pense, deve ser uma extensão da vontade pública, da opinião pública. Habermas chama esse movimento de construção da opinião e da vontade pública que ocorre através da sociedade civil e da esfera pública de modelo declusas.

Este artigo visa apresentar uma teoria que possa dar respaldo a aplicabilidade de uma vertente democrática que trate os cidadãos como autossuficientes para pensar e construir o direito legítimo. Uma democracia constitucional não aliena a competência para que poucos sejam responsáveis para levantar problemas e também solucioná-los. Além disso, a ideia de patriotismo constitucional visa dar fundamento tanto ao discurso de aplicação, do poder legislativo, quanto à participação da sociedade civil na construção de decisões políticas e jurídicas no âmbito do judiciário. Quer-se dizer com isso que há uma relação necessária entre o discurso de aplicação e justificação com a participação da sociedade civil na construção das decisões do estado, independentemente de onde é que elas ocorram.

A legitimidade do direito visa essa estrutura de complementariedade, não há papéis isolados ou protagonistas na Teoria da Constituição e do Estado. Há um papel compartilhado de construção da democracia constitucional que cidadãos que se entendem como livres e iguais reivindicam por melhores condições de acesso aos direitos fundamentais.

2 - O direito como um elemento constitutivo de seu tempo.

O direito a cidadania permite o processo contínuo e reflexivo que repercute na possibilidade de alteração da realidade circundante do sujeito constitucional e na utilização das prerrogativas jurídicas e políticas do cidadão. O papel da cidadania está diretamente vinculado ao exercício da autonomia do cidadão, mesmo quando este deixa de realizá-lo, não deixa de sê-lo. Deve-se entender que aquele que não participa da política, que se abstém de assumir a responsabilidade de construir o seu futuro, aquele cidadão apático politicamente que prefere transferir a responsabilidade para que outrem realize o “papel desagradável” da política, fomenta o paternalismo e o clientelismo Estatal.² Ou ainda na mesma linha, aquele que prefere que outrem pense em seu lugar, encontra-se na menoridade. Nas palavras de Menelick de Carvalho:

Para Rosenfeld, tal como para Friedrich Müller, Chantal Mouffe e a maior parte da filosofia política e da doutrina constitucional atuais, sabemos hoje, por experiência própria, que a tutela paternalista elimina precisamente o que ela afirma preservar. Ela subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumental por parte daqueles que se apresentam como seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda de modo inconsciente, crêem *a priori* e autoritariamente na sua superioridade em relação aos demais e assim, os desqualificam como possíveis interlocutores. O debate público e os processos constitucionais de formação de uma ampla vontade e opinião pública são assim privatizados (CARVALHO NETTO, 2003, p. 11).

O esclarecimento dos cidadãos a respeito do uso de seus direitos políticos constitucionalmente garantidos é o caminho mais adequado para a construção da democracia constitucional e de melhores interpretações do constitucionalismo brasileiro. Quanto mais forem os sujeitos constitucionais, cidadãos esclarecidos na defesa dos seus direitos fundamentais, mais adequada será a aplicação do patriotismo constitucional. Claro que isso não quer dizer que sempre que se vise uma questão quantitativa tenha-se a correspondência qualitativa, já que na contemporaneidade não há mais que se atribuir

² Em continuidade ao raciocínio anteriormente exposto, utilizando-se da fala de Rosemiro Pereira Leal ao dissertar a respeito da celeridade processual utilizada como forma de excluir o cidadão da participação da construção das decisões judiciais, afirma que: “A paz ilusória que a desatinada celeridade anuncia por uma jurisdição-relâmpago (sumarização cognitiva) implica um clientelismo consumista episodicamente satisfeito numa lógica fetichizada de um *mercado de decisões* ágeis, sem que os conflitos sociais e econômicos sofram redução pelo exercício fiscalizatório popular e incondicional de controle da constitucionalidade democrática na base de produção e aplicação das leis no marco jurídico-teórico do *devido processo constitucional*”. (LEAL, 2002, p. 32).

unicamente à maioria o papel das decisões. Muito pelo contrário, o que o artigo fundamenta é que há a necessidade de uma revisão permanente de quais são os princípios de justiça que essa sociedade plural e democrática pretende compartilhar. Muitas vezes pode-se observar que é a própria maioria que exclui e segrega os indivíduos, mas sempre sob um fundamento equivocadamente que pode aparecer no discurso de aplicação quanto no de justificação.

O exercício da cidadania condiciona-se, então, para questões de consolidação de mecanismos que possibilitem aberturas procedimentais cívicas na reconstrução permanente do Estado Constitucional. Assim sendo, se a educação é um possibilitador do esclarecimento cívico necessário para que os cidadãos possam assumir a responsabilidade de interpretar (construir) a realidade constitucional existente, provavelmente, maior elucidação de seus direitos e melhores interferências da sociedade civil na esfera pública será feita.

Na democracia Constitucional o respeito mútuo dos cidadãos na construção da decisão estatal é uma exigência para que se possa declarar iguais direitos e liberdades. A construção da democracia necessita de permanente atenção às ações públicas que dizem respeito a todos os agentes públicos, sejam eles juízes, prefeitos, deputados ou senadores, nenhum deles possui a prerrogativa para decidir discricionariamente. O agente público está vinculado aos fundamentos constitucionais adequados em cada caso específico no ato de proferir suas decisões. Em outras palavras, deve haver uma comunicação constante entre sociedade civil e esfera pública que possibilite a atualização daquilo que se chama de identidade constitucional.

Por um lado deve haver uma insatisfação com a realidade política e jurídica, por outro, uma vontade de atualização da identidade pela ausência de consensos sobre quais são os princípios fundamentais de justiça que devem ser aplicados aos casos práticos ou ainda quais são as políticas públicas que devem ser efetivadas. Essa problemática somente se resolve com a transformação dos momentos, o que em grande parte o direito é o responsável. Seja para possibilitar a manifestação das diversas identidades ou, seja para constatar uma alteração da realidade por alteração normativa.

A democracia constitucional emerge do encontro do eu com o outro fundado na ausência e na alienação, encontra-se em uma posição que requer que ele esqueça a sua identidade, se utilizado de um discurso enraizado em uma linguagem comum que vincula e une os múltiplos outros.

Uma teoria que se entenda como democrática não pode acolher o cidadão de maneira a caracterizá-lo como hipossuficiente e incapaz de assumir a responsabilidade de

interpretar seu passado, construir o seu presente e projetar o seu futuro. A democracia constitucional não deve privilegiar qualquer modelo específico de “vida boa”, qualquer projeto específico. Ela visa que iguais oportunidades sejam presentes independentemente de quais decisões os indivíduos tomem no decorrer da vida.

A abertura à discussão dos conflitos de interesse dentro dos meios inerentes para a resolução dos mesmos é característica de um povo que se reconhece como igual e compartilha de princípios de justiça que possam ser defesos por qualquer um deles. Através do diálogo intersubjetivo é que os cidadãos poderão manifestar suas identidades e defender seus interesses amparados pelos direitos fundamentais. A problemática não é de universalizar nenhum modo de vida, pelo contrário, é garantir a manifestação da pluralidade de concepções de bem por meio de mecanismos procedimentais em que os cidadãos sejam tratados como iguais e livres. Como já demonstrou GALUPPO: “*enquanto o antônimo para igualdade é desigualdade, o antônimo para identidade é diferença*” (GALUPPO, 2002, p. 214). A homogeneidade impossibilita o reconhecimento dos indivíduos como cidadãos livres e iguais em busca de efetividade dos direitos fundamentais. Veja Menelick de Carvalho:

Não há espaço público sem respeito aos direitos privados à diferença, nem direitos privados que não sejam em si mesmos destinados a preservar o respeito público às diferenças individuais e coletivas na vida social. Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, uma ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo. A igualdade reciprocamente reconhecida de modo constitucional a todos e por todos os cidadãos, uma vez que, ao mesmo tempo, a todos e por todos é também reconhecida reciprocamente a liberdade, só pode significar a igualdade do respeito às diferenças, pois embora tenhamos diferentes condições sociais e materiais, distintas cores de pele, diferentes credos religiosos, pertençamos a gêneros distintos ou não tenhamos as mesmas opções sexuais, nos respeitamos ainda assim como se iguais fossemos, não importando todas essas diferenças (CARVALHO NETTO, 2003, p. 13).

Os movimentos sociais possuem importância primordial na dinâmica de constituição da identidade democrática quando agem em solidariedade no espaço procedimental discursivo, pois eles reivindicam a revisitação constante dos princípios fundamentais estabelecidos na sociedade.

O direito é o instrumento de manifestação da diferença, da divergência, da desigualdade. Ele é produto da descontinuidade histórica, e para que ele se manifeste legitimamente, os indivíduos devem ser necessariamente livres. Não há direito sem liberdade, muito menos qualquer hipótese de igualdade. Primeiro o indivíduo é livre, depois ele regulamenta suas questões de igualdade. Claro, que a igualdade de fato é uma busca

permanente, pois como se viu acima, caracteriza-se a democracia pelo princípio da diferença e pelo respeito às minorias. Inclusive essa é a contribuição de Kant ao possibilitar pensar o conceito dignidade como um fim em si mesmo. Hegel também contribui para esse movimento moderno na análise intersubjetiva do processo de reconhecimento mútuo.³ São essas contribuições que possibilitam a construção de uma visão pluralista e de pressupostos universalistas e de reciprocidade na democracia constitucional. Esse processo dinâmico, aberto e que tem por objetivo o movimento de negação e de posterior aceitação é o que Hegel denomina de dialética. Hegel utiliza deste conceito para demonstrar como os indivíduos nas relações sociais buscam a identidade através das diferenças. Diferenças que são apropriadas pelas identidades que se entendem. Ou seja, o sujeito é famélico e busca a todo o momento satisfazer seus desejos com o outro. É na negação do outro que tem a afirmativa de sua própria identidade. Mas ao mesmo tempo em que nega, o sujeito constitucional se abre para a possibilidade de se reconhecer em determinada identidade alheia.

A problemática contemporânea encontra-se na colonização dos mecanismos linguísticos que servem de abertura à sociedade civil, como os meios midiáticos que são privados e muitas vezes defendem interesses egoísticos, privados e/ou burocráticos. A linguagem muitas vezes é colonizada pelo mercado e pela burocracia, e é o que ocorre com a esfera pública no Brasil.

Grande parte dos problemas diz respeito ao uso que se dá à linguagem no direito. O uso tecnicista da linguagem, a interpretação instrumentalizada, traz consigo uma tradição que impossibilita a compreensão dos diversos mundos da vida e sempre realiza análise tendenciosa do direito e da democracia. O problema do direito é também um problema de linguagem, de interpretação que se faz da Constituição e da democracia.

A necessidade de reconstrução de uma teoria democrática constitucional é pelo fato do próprio direito não ser contínuo. Ele desconstitui o que está constituído. Ele oxigena as relações sociais através de interpretações sociais que, grande parte das vezes, se manifestam através de revoluções e reivindicações populares. O que se pode afirmar, de certa forma, é que o direito mantém a estabilidade social, ele muda, desconstitui para manter a continuidade. Quer-se dizer com isso que ele possui uma característica holística que marca seu tempo e determina seu espaço de acordo com a dinâmica social de interpretação, intervenção e reivindicação de direitos.

³ Kant e Hegel são dois autores que fazem parte de um movimento intelectual que visava descobrir as formas de constituição do espírito (conhecimento). Este movimento foi primeiramente denominado de Idealismo Transcendental, pois a época, tinha-se era a Prússia, e não a Alemanha.

A democracia constitucional deve institucionalizar procedimentos deliberativos em que os interesses manifestos dentro da sociedade civil possam ser ouvidos e discutidos com igual respeito por todos na esfera pública. Esses interesses diversos buscam, além de tudo, o reconhecimento da identidade em um processo moderno de legitimação. O direito entra como um mecanismo de integração social que irá fundamentar o respeito mútuo entre os cidadãos que possuem interesses divergentes, mas que são detentores de igual respeito e liberdade.

A construção normativa através da participação popular, cidadã, não se preocupa somente com a teoria do direito, mas também com uma teoria da sociedade. O direito nesta construção é considerado o efetivador da teoria social através da integração social pela comunicação (tensão) existente entre o mundo da vida e os sistemas.

3 – Habermas e a Democracia Constitucional: o uso complementar da tese do Patriotismo Constitucional como fundamento de legitimidade do Estado de Direito.

Habermas se apropria da tese do patriotismo constitucional para complementar sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia.⁴ A tese do patriotismo se preocupa com a construção da identidade coletiva e possui como fundamento a validade do documento da Constituição como elemento universalizante e neutro. É a partir dessa tese que se verá que o exercício da democracia constitucional depende da virtude cívica em defesa das necessidades fundamentais públicas.

O patriotismo constitucional representa a construção da identidade histórica e política de uma coletividade a partir da Constituição. O termo foi “*inicialmente introduzido pelo filósofo Dolf Sternberg, e mais tarde, retomado pelo sociólogo Mario Rainer Lepsius*” (LACROIX, 2005, p.123) na criação de uma nova identidade coletiva pós-guerra. Foi com

⁴ O pensamento de Habermas que se explica em *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade* contorna algumas das aporias decorrentes da sobrecarga idealizante na atividade decisória do Estado de Direito. Habermas disciplina que o encontro de fundamentos é no âmbito da linguagem, no âmbito do discurso. Antes de qualquer outro fator, de qualquer outra coisa, antes de ser ideologia, antes de ser política, antes de ser instrumento de domínio, a linguagem apela para a cognição. Habermas entende que, se elaborarmos um local onde as disputas linguísticas não tenham ruídos ideológicos, onde elas possam se dar de maneira livre, esse local ideal faria com que a linguagem se desse exclusivamente como cognição. Esse elemento cognitivo da linguagem que faz com que Habermas diga que, nesse discurso em condição livre, nesse discurso que se põe contra o discurso do outro, mas não para dominar, mas sim para ser entendido, encontra aí o elemento, digamos assim, central da linguagem e fundamentador de todos os outros discursos e também do nosso saber, do nosso conhecimento.

base na Lei Fundamental da República Federativa Alemã de 1949, ou pode-se também chamar de Lei Fundamental de Bonn que essa discussão é semeada.

O termo foi utilizado pela primeira vez “*durante o debate sobre o passado nacional-socialista que, no verão de 1986, opôs os intelectuais da Alemanha ocidental*” (LACROIX, 2005, P. 123). Nesse debate entre os historiadores a preocupação primeira era em constituir uma resposta legítima aos alemães para a formação da identidade política e do próprio passado alemão do nazismo e dos campos de concentração.

Habermas vislumbra a possibilidade de que os argumentos utilizados nesse debate poderiam possuir um caráter implícito de maquiagem e induzir a interpretação da história alemã ao esquecimento e negação das atrocidades ali ocorridas.⁵ O que de certa forma causaria a instrumentalização da história e do direito, assim, a linguagem mais uma vez sofreria as consequências da técnica e da manipulação. Nos dizeres de Lacroix:

Essa “controvérsia dos historiadores”, ou “batalha do historicismo”, questionava, em primeiro lugar, um método abrangente de restituição de sua história e, através dela, a reconstrução da identidade alemã, que alguns pretendiam engajar na perspectiva de uma reparação narcisista. Nesse contexto, historiadores de renome decidiam assistir à renovação da consciência nacional, trazendo imagens “positivas” do passado – o que supunha uma relativização dos crimes nazistas, cuja singularidade era às vezes explicitamente repudiada, entre as outras (LACROIX, 2005, p. 123).

No entanto, Habermas pretende construir um processo que possibilite a reconstrução da identidade coletiva na Alemanha sem que interpretações amenas sejam priorizadas para ocultar as mazelas sócio-políticas ocorridas durante o Holocausto. O que o autor propõe é que a responsabilidade da interpretação do passado presente, dessa reconstrução da história, partisse principalmente da própria sociedade.⁶ Por isso é que ele procura combater os historiadores e negar o raciocínio exposto, uma vez que entende a necessidade da maturidade dos próprios cidadãos alemães no (re)conhecimento e interpretação de seu próprio passado, de sua própria história. Veja Cattoni de Oliveira:

⁵ Observe destaque que Cattoni de Oliveira realiza ao demonstrar a afirmativa de que havia uma vertente interpretativa de historiadores que tinham como objetivo abrandar e relativizar os acontecimentos da história alemã: “Autores como o historiador alemão Ernest Nolte destaca-se, nessa polêmica, em razão da radicalidade e influência. Nolte, que teria sido discípulo de Heidegger, relativiza a tal ponto os crimes nazistas que chega a afirmar que o extermínio em massa levado a cabo nos campos de concentração por parte do regime hitlerista teria sido tão-somente uma espécie de “reação”, sendo algo, portanto, que deveria ser compreendido apenas como mais um dos capítulos de uma suposta “guerra civil mundial” perpetrada entre americanismo e comunismo, ao longo do século XX” (OLIVEIRA, 2007, p. 03).

⁶ “A prender com a história não significa, para Habermas, apenas revisar os conteúdos da tradição cultural, mas fundamentalmente enfrentar a derrota das esperanças do passado. É preciso refletir sobre as tradições que fracassaram, sobre os desenganos e sobre a capacidade de indicar que caminho não podemos seguir” (CITTADINO, 2007, p. 59).

Habermas, assim, irá combater veemente historiadores neoconservadores que pretendiam justificar, remetendo-se, mais uma vez, a uma dada tradição cultural herdada, uma certa *normalização* da história alemã que apelaria, quer seja à negação, quer seja ao esquecimento do holocausto e da experiência totalitária do nazismo (OLIVEIRA, 2007, p. 03).

Cidadãos com o papel pacífico, típico dos neoconservadores, é visão romântica e exacerbada do autoritarismo nacionalista do século XIX. Por isso é que Habermas utiliza a tese do patriotismo constitucional para fomentar a emancipação e construção de uma democracia constitucional que vai contra o instrumentalismo e constitui a identidade de uma nação que se entende esclarecida. Veja: “*Ora, para Habermas, o desejo dos neoconservadores de chegar a uma identidade “convencional” seria marcada uma regressão em relação às precárias vantagens conquistadas pela RFA, desde 1949*” (LACROIX, 2005, p. 125).

Diante da visão crítica a qual fora formado é que Habermas pensa a reconstrução do passado histórico da identidade alemã. Pois, “*foi precisamente contra tal tentação que Habermas fez chegar ao espaço público o tema do patriotismo constitucional*” (LACROIX, 2005, p. 124). Portanto, a noção de patriotismo constitucional utilizada por Habermas assenta-se “*à titularidade de direitos fundamentais de participação política, jurídico-constitucionalmente delineados, garantidores de uma autonomia jurídica pública.*” (OLIVEIRA, 2007, p. 04).

A utilização da expressão patriotismo constitucional reforça a idéia de que os fatos do passado somente poderão ser instituídos como elementos fundamentais na construção da identidade coletiva presente caso passarem por um crivo suspeito da experiência moral dos cidadãos. “*O passado deixa de ser fonte de legitimação de práticas sociais e se transforma em um legado a partir do qual é possível extrair lições*” (CITTADINO, 2007, p. 59).

Ao atribuir a responsabilidade aos cidadãos de alcançarem a identidade coletiva por meio das diversas interpretações da Constituição é que a democracia pode ser viável. É nesse fluxo interpretativo de reconstrução do passado conforme o presente e com o horizonte de expectativa pautado no futuro presente é que se dá a necessidade de abertura constitucional na formação da identidade coletiva.

Habermas vai além da afirmativa do amigo e Professor de Direito Público de Harvard, Michelman, de que o patriotismo constitucional seria somente um “*compartilhamento consciente de sentimentos*” (MICHELMAN, 2001, 254)⁷ ou de que seria

⁷ O patriotismo constitucional habermasiano é, na verdade, a confecção de uma idéia constitucional e de um sentimento comunitário empírico. Ele consiste em um compartilhamento consciente de sentimentos de

“*apenas de um consenso ético de uma dada comunidade*” (CRUZ, 2006, p. 97). Para Habermas o patriotismo constitucional é fonte de legitimidade de toda a estrutura do Poder Constituinte e de sua Teoria Discursiva do Direito e da Democracia. Para o autor a ideia de povo e de nacionalismo é substituída pela ideia de patriotismo constitucional. Agora a identidade do sujeito ocorre pelo compartilhamento coletivo de uma permanente aprendizagem com os princípios constitucionais. Veja Rouanet a respeito:

Nesse sentido, em vez de orgulhar-se de um “sentimento nacional” ou de “um sentimento de pertença à nação”, que o mais das vezes se apóia sobre uma pertença unidade cultural, religiosa, ética ou lingüística (que em alguns casos pode ser real, mas isso não importa para o argumento), cabe ao cidadão unir-se em torno dos princípios constitucionais que asseguram os mesmos direitos e deveres a cada indivíduo que faz jus ao título de cidadão daquele país (ROUANET, 2005, p. 79).

Somente no reconhecimento do outro como livre e igual é que poderá surgir uma identidade coletiva, isso não quer dizer, muito pelo contrário, de que todos tenham que possuir mesmo entendimento a respeito de questões de tradição, crença e cultura, por exemplo. Como visto acima, é pelo princípio da diferença é que a democracia se constitui como organização social válida e forte.

A atitude cívica é pautada no exercício de conhecimento e interpretação permanente da Constituição. O reconhecimento de iguais liberdades subjetivas no espaço procedimentalizado discursivo legitimado pelos direitos fundamentais é que possibilita a reconstrução interpretativa da Constituição. Conforme Cittadino: “*O patriotismo constitucional, tal como formulado por Habermas, difere da idéia de que o patriotismo é uma identificação comum com uma comunidade histórica fundada em certos valores*” (CITTADINO, 2007, p. 61).

Habermas não procura buscar na ideia de povo uma espécie de refúgio para os problemas da modernidade, ou ainda, fundamentar levemente a política e a aplicação do direito a partir de um conceito vago. O patriotismo constitucional vai substituir a ideia tradicional de povo e servir de abertura para o texto constitucional ser entendido como inacabado, aberto e peregrino. Ele não procura substancializar a constituição e muito menos formar um patriotismo cultural baseando na homogeneidade ou no multiculturalismo. Sua proposta é compreender que o patriotismo constitucional é uma atitude, uma postura, um

pertencimento à comunidade, inspirado pelo vínculo a uma idéia contrafática percebido pela comunidade (MICHELMAN, 2001, p. 254, tradução nossa). “Habermasian constitutional patriotism, in fact, is a confection counterfactual constitution idea and empirical communitarian sentiment. It consist in a conscious sharing of sentiments of attachment to the community, inspired by the community's perceived attachment to the counterfactual idea”.

esclarecimento cívico, uma ação democrática e constitucional que por meio dele, os cidadãos aceitam que as raízes da solidariedade social se resguardam no direito e na Constituição. Nos dizeres de Habermas, “*A isso corresponde um conceito processual de identidade coletiva*” (HABERMAS, 2002, p. 330). Em outras palavras, quando cidadãos se reconhecem diferentes culturalmente e iguais em direitos fundamentais, é possível perceber que a solidariedade social está amparada na Constituição. Nem o direito e nem a Constituição são substâncias éticas como cardápio de princípios morais valorativos e hierárquicos. Os princípios constitucionais devem ser entendidos como possibilitadores do espaço procedimental discursivo que os sujeitos se reconhecem como detentores de iguais liberdades subjetivas.

Assim, o patriotismo constitucional fomenta o espaço discursivo para formar uma cultura política procedimental constitucionalizada. Em virtude de ele ser compartilhado e não defender nenhum modelo do que seja “vida boa” é que se pode caracterizá-lo como neutro e procedimental, assim como o princípio da democracia o é.

A consciência histórica é que possibilita a constante construção da democracia e do constitucionalismo. Somente no exercício legítimo da cidadania democrática é que se poderá instaurar o processo de construção da identidade coletiva. Mas para que esse processo deliberativo democrático ocorra é necessário estabelecer como prioridade a efetivação dos **direitos fundamentais** e da **soberania popular** como suportes legítimos da democracia constitucional.

O patriotismo constitucional necessita da história argumentativa e autocrítica, aquela história que supõe a tomada de consciência da ambivalência de cada tradição participante de uma mesma identidade coletiva. “*Nossa identidade não é algo que assumimos, mas também um projeto de nós mesmos*” (HABERMAS, 2002, p. 330).

Habermas defende que é através de uma sociedade reflexiva que o processo político de modernização pode alcançar um futuro promissor em que se respeita a autonomia pública e privada. Ele propõe uma leitura tensionada, bem dialética neste ponto, entre realidade e normatividade. Uma realidade que cidadãos por meio de um complexo processo discursivo fixam direitos e deveres e reconhecem-se entre si.

Baseado nas observações precedentes pode-se inferir que a democracia constitucional surge como algo complexo, fragmentado e incompleto. Ela deve ser considerada um vazio que ocupa o intervalo entre dois sentidos. Primeiramente, a consciência da ausência de uma democracia plena é indispensável para haver a sua reconstrução permanente e, conseqüentemente, a democracia constitucional é inerentemente incompleta, daí aberta e a procura de completude.

O texto constitucional depende do contexto e este é aberto a interpretações ao longo do tempo para que se possa reinterpretar e reconstruir a democracia constitucional. Nesse exercício de reconhecimento e de luta por reconhecimento é que está a função do cidadão enquanto participante da política, pois, é somente no exercício da cidadania é que se produz cidadãos. Não há ditadura que possa preparar o indivíduo para a cidadania. Esta envolve a permanente reconstrução e reinterpretação do que se entende da e por Constituição.

Pelo fato da sociedade estar em constante mudança e o direito ser uma maneira de relatar essas modificações, a democracia constitucional é aberta, é um hiato, é um estágio indefinido. Ela só pode ser apreendida mediante o discurso intersubjetivo que vincula todos os atores que estão e serão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais.

É a partir de um compartilhamento coletivo dos direitos fundamentais instituídos na Constituição que o passado constitucional deve emergir de forma íntegra, sem deixar que retalhos históricos sejam realizados a fim de desconstituir a democracia. A história então é considerada “*como processo aberto de transformação de contextos sociais que permite, na análise desse processo, o reexame do tempo presente*” (REPOLÊS, 2007, p. 03) A reconstrução do presente permite o movimento interpretativo permanente e vivo da atualização da democracia e da Constituição.

Na sociedade moderna e pós-convencional, utilizando aqui termo apoiado nas formas de desenvolvimento cognitivo de Piaget e da evolução moral dos sujeitos de Kohlberg, o que Habermas propõe é que a identidade seja criada a partir da Constituição, uma vez que o pluralismo é exatamente a coexistência de várias religiões, crenças e culturas que apesar de serem diferentes e divergentes, se respeitam mutuamente. Pois, a abertura da Constituição é a mesma para todos, os direitos nela contidos são necessariamente universalizados, como os direitos fundamentais e a soberania popular. Os indivíduos se reconhecem nela e nesta cidadania reflexiva se entendem como livres e iguais. Veja Habermas a respeito:

Em uma associação de livres e iguais, todos precisam entender-se, em conjunto, como autores das leis às quais se sentem individualmente vinculados como seus destinatários. Por isso o uso público da razão legalmente institucionalizado no processo democrático representa aqui a chave para a garantia de liberdades iguais (HABERMAS, 2002, p. 123).

Na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia não há a homogeneidade de uma ordem compartilhada de valores, esta ideia é substituída pelo pluralismo defendido na Constituição em que se tem a defesa das autonomias pública e privada, procedimentalmente estabelecidas. Veja Cattoni de Oliveira:

Por fim, no que se refere ao pluralismo social e cultural, o *patriotismo constitucional*, que para Habermas envolve justamente a construção de uma cultura política pluralista com base na Constituição democrática de uma república de cidadãos livres e iguais, é expressão de uma forma de integração social, que se dá, pois, através da construção dessa identidade política pluralista e aberta, que pode ser sustentada por formas de vida e identidades ético-culturais diversas e mesmo divergentes, que convivem entre si, desde que assumam uma postura não-fundamentalista de respeito recíproco, umas com as outras (OLIVEIRA, 2007, p. 05).

Habermas substitui a ideia de *Ethos* compartilhado pela idéia de patriotismo constitucional estabelecendo que a identidade coletiva possui por base comum a Constituição. Esta, legitimada continuamente durante sua própria existência, é fundamentadora da igualdade na sociedade por ser único fator igualmente compartilhado por todos. O patriotismo constitucional reafirma a idéia de que os legitimados para participar dos processos deliberativos decisório são os sujeitos constitucionais, aqueles que criam e recriam sua identidade conforme o tempo e o espaço, de acordo com cada caso específico.

A cidadania reflexiva demonstra a alteração da matriz de pensamento ao reafirmar o esclarecimento cívico no exercício de reinterpretação e participação permanente de construção da Constituição e não adoção de modelos cívicos herdados por tradições utilitárias e instrumentais. Cattoni de Oliveria em seu ilustre artigo intitulado “*Revisão é Golpe! Por um Exercício de Patriotismo Constitucional Contra Fraudes à Constituição*”, demonstra a importância da participação da sociedade civil no que diz respeito à construção da identidade coletiva “*a partir das condições jurídico-constitucionais de um processo deliberativo democrático capaz de estreitar a relação entre os diversos grupos culturais e de consolidar uma cultura política de tolerância entre eles*” (OLIVEIRA, 2007, p. 06). Sob tais pressupostos democráticos deliberativos é que a prática da cidadania será condizente com os direitos políticos, pois, somente assim é que se poderá legitimar o exercício cívico reflexivo na democracia constitucional. Ainda com Cattoni de Oliveira: “*Isso significa dizer em ultima análise a defesa do patriotismo constitucional identifica-se não com uma tradição cultural herdada, mas refletida – à luz dos direitos fundamentais e da democracia, princípios típicos do constitucionalismos moderno.*” (OLIVEIRA, 2007, p. 04).

A ideia de patriotismo constitucional demonstra a maturidade de uma nação pela construção e reconstrução da Constituição pelos sujeitos constitucionais. Essa liberdade interpretativa é o que distingue toda a história do constitucionalismo, pois, a abertura e o espaço de demonstração de aprendizado é o que fortalece a democracia constitucionalizada. O patriotismo constitucional apropriado pela Teoria Discursiva do Direito e da Democracia é a

tese que proporciona a superação das antigas tradições constitucionais pelo fato delas não serem “*capazes de nortear um estudo adequado a um paradigma de Estado democrático de direito*” (PEDRON, 2009, p. 53).

Sob a ótica da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas não se privilegia nem a visão republicana nem a liberal,⁸ nem a visão comunitarista nem a liberalista, mas concebe a visão do pluralismo como sendo tanto visões individuais do mundo quanto perspectivas a respeito do que seja o bem. Ou seja, Habermas não privilegia nem a autonomia privada do justo (liberalismo), nem a autonomia pública do bem (comunitarismo). Mas, o que será determinante para a realização da melhor interpretação é a interlocução realizada procedimentalmente entre as duas autonomias, a pública e a privada. Nas palavras de Rouanet:

Quanto à noção de “patriotismo constitucional”, esta parece ser uma boa tentativa de se situar entre a noção liberal de direitos individuais e a noção não liberal de direitos coletivos, uma vez que se apóia na Constituição, e por esse motivo dependerá da escolha do próprio povo de cada país (ROUANET, 2005, p. 82).

Diante do pluralismo existente e do alto grau de complexidade da sociedade moderna, os cidadãos assumem cada vez mais papéis sociais diferentes. Ora atuando na defesa de interesses pessoais, na concepção individual de vida boa, ora como cidadão organizado na sociedade civil que está lutando por direitos compartilhados na esfera pública. Mas, o mais importante que se pode reconhecer neste tema é que necessariamente a gênese do direito somente poderá ocorrer a partir de um debate em que tem como prioridade a comunicação entre as autonomias pública e privada.

A ideia de que a Constituição é aberta aos interpretes e de que os afetados e interessados é que possuem legitimidade para a titularidade do Poder Constituinte que está dentro do que Habermas chama de patriotismo constitucional. O poder constituinte passa a ter como titular os cidadãos e o povo é substituído pela ideia de patriotismo constitucional, ou seja, a Constituição será um projeto em (re)construção e o poder constituinte um fenômeno perene na prática discursiva de aprendizado em que leva em consideração o cidadão e o povo ao mesmo tempo.

Assim, o Processo Legislativo Constitucional tem como titular os cidadãos amparados pela Constituição aberta e inacabada. Mas para que eles, cidadãos, no exercício

⁸ O patriotismo constitucional é, portanto, menos que um nacionalismo republicano e mais que um individualismo possessivo. Por um lado, o individualismo liberal não é capaz de assegurar a coesão social, e pode levar à dissolução da sociedade; por outro lado, o nacionalismo republicano pode levar à perda das liberdades individuais asseguradas na Modernidade Ocidental (ROUANET, 2005, p. 78).

cívico de seus direitos fundamentais possam exercer a função de re(construção) da Constituição, necessário é voltar a atenção para questões cernes da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia como a função da sociedade civil e da esfera pública na legitimidade do processo legislativo, uma vez que possuem papel decisivo na (re)construção participativa da identidade coletiva.

Necessariamente a sociedade civil e a esfera pública devem ser levadas a sério no que tange à construção da interpretação constitucional proporcionada pelo espaço procedimental deliberativo discursivo. A tentativa constante é de efetivar os direitos fundamentais a partir do exercício cívico de uma cultura política constitucionalizada na participação em um processo deliberativo procedimental discursivo em que os cidadãos possam, através de discursos, manifestarem no processo legislativo. Assim sendo, o devido processo legislativo que não leva a cabo o fluxo comunicativo criado da sociedade civil para a esfera pública, não está condizente com os princípios fundamentais e com a soberania popular. Pois, como nos dizeres de Cattoni de Oliveira: *“A constituição da república não está à disposição do Legislativo, que constitucional e democraticamente deve representar mas que não incorpora ou substitui a “soberania popular”* (OLIVEIRA, 2007, p. 10).

A participação cívica na construção da opinião e da vontade pública apresenta-se como exercício legítimo do Estado de Direito, pois o processo legislativo constitucionalizado tem como resultado a soberania popular, esta, por sua vez, somente pode ser resultado da construção em conjunto de um entendimento proporcionado pelos direitos fundamentais na reinterpretção do direito e da Constituição. Os agentes públicos não podem atuar desvinculados da formação da opinião e da vontade pública uma vez que são representantes populares, assim, agir discricionariamente seria agir fora dos padrões de legitimidade habermasiana. Dever-se-ia, à luz da Teoria Discursiva, aumentar a proximidade entre sociedade civil e esfera pública na construção normativa.

A conectividade entre a sociedade civil e a esfera pública é elemento fundamental para o exercício legiferante, pois, a construção participativa das normas é requisito essencial na legitimidade da democracia e da interpretação da Constituição.

A Constituição da República Federativa do Brasil contempla os princípios basilares da democracia procedimental deliberativa ao estabelecer com ênfase em seu primeiro artigo que se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como direitos fundamentais: *“ I – a soberania; II – cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – O pluralismo político”* (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988, art. 1º). Para fortalecer a idéia de que a participação cívica é necessária e

também cerne da Constituição da República, ainda no artigo primeiro, no parágrafo único, impõe-se que: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”* (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988, art. 1º). Ou seja, os representantes possuem o papel de proporcionar a aproximação da sociedade civil e da esfera pública na construção da opinião e da vontade pública, por isso são representantes do povo, caso contrário, atuam como executores de políticas individuais, egoísticas e privatistas.⁹ A leitura constitucional deve ser realizada a partir de seus princípios e seu texto normativo deve ser compreendido como um corpo principiológico que possibilita amarrar as possíveis falhas ou aberturas do texto constitucional elaborado pelo Poder Constituinte Originário.

4 - Conclusão

O presente artigo demonstra como o exercício da cidadania é a chave mestra para a aproximação contínua de melhores condições de legitimidade do direito. Idealizar um regime de governo que dialoga com a sociedade civil é criar condição de possibilidade que cidadãos partícipes da política sejam responsáveis pela trajetória sócio-política escolhida, assim sendo, haverá maior carga de legitimidade das políticas públicas e de reconhecimento das minorias organizadas, enquanto atuantes em um espaço procedimental que está vinculado a questões de solidariedade e reconhecimento mútuo. As deliberações públicas devem partir das duas esferas, tanto da privada quanto da pública para garantir o devido processo legislativo por via da participação da sociedade civil na esfera pública.

Com a utilização da tese do patriotismo constitucional conclui-se que o poder constituinte é um projeto perene e inacabado, que o processo legislativo deve ser fundado na participação cívica dos sujeitos de direito na defesa de suas interpretações constitucionais na

⁹ Ainda na mesma linha de raciocínio de aplicação de uma democracia procedimental, pode-se citar ainda o artigo 5º inciso LIV da Constituição que impõem: **“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”** (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, 1988, art. 5º, LIV, grifo nosso). Entende-se legal no texto da Constituição como “devido processo constitucional”.

forma de procedimentos deliberativos democráticos em que se tem como finalidade o pluralismo reconhecido.

A necessidade de conexão entre a sociedade civil e a esfera pública para manifestação dos fluxos comunicativos institucionalizados e que a Constituição não é mais em uma ordem homogênea, linear e substantiva, mas sim, aberta, viva, perene e cidadã são fundamentos basilares da democracia constitucional.

A efetivação da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia com a Tese do patriotismo constitucional ganha contornos mais adequados e que, fundada em um documento universalmente compartilhado, pode realizar em maior medida a efetividade dos direitos fundamentais e da soberania popular, bem como também da equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada.

O patriotismo constitucional reflete a maturidade de uma nação pelo constante processo de (re)construção da Constituição, pois a partir do exercício dos direitos fundamentais, constitucionalmente garantidos, é que se fundamenta a relação equânime das duas autonomias, sem que se possa afirmar a priorização da autonomia pública frente a privada.

5 - Referências

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito* In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. *In: Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.31, p.58-68, jul. 2007.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. 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.

FREITAG, Barbara. 1941 – **Dialogando com Jürgen Habermas** / Barbara Freitag. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. – (Biblioteca Colégio do Brasil; 10).288p.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplar a partir da literatura. In **O Brasil que queremos; reflexões sobre o Estado democrático de direito** / organizador, Marcelo Campos Galuppo. – Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006. 736p.

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. **Sobre a legitimação dos direitos humanos**. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003a. 425p.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação de um capitalismo tardio**. 3. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A Ética da Discussão e a Questão da Verdade**/ Jürgen Habermas; organização e introdução de Patrick Savidan; tradução Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo: Martins Fontes, 2004a. –(Tópicos).

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2º ed. 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004. (Humanística).

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume I 2.ed./ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, volume II 2.ed./ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LACROIX, Justine. Patriotismo Constitucional e identidade pós-nacional em Jürgen Habermas. *In: Habermas: o uso público da razão* / coordenado por Rainer Rochlistz [tradução Léa Novaes]. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

MICHELMAN, Frank. **Morality, Identity and “Constitution Patriotism”**. Ratio Juris. Vol. 14. 3 september 2001 (253-71).

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para a teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. A tese do patriotismo constitucional como superação das antigas tradições. **revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 44, p. 53-64, jan./mar. 2009.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Uma proposta de compreensão procedimental do requisito de transcendência/repercussão geral no juízo de admissibilidade dos recursos destinados aos tribunais superiores a partir da tese do direito como integridade de Dworkin e da teoria discursiva do direito e da democracia de Habermas**. 2006. *Dissertação* (Mestrado em Direito Constitucional) a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

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

ROUANET, Luiz Paulo. Soberania e "Patriotismo Constitucional". **Revista Jurídica : [Campinas]**, Campinas , v.21, n.2 , p.77-83, jul./dez. 2005.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. A identidade do sujeito constitucional no Brasil: uma visita aos seus pressupostos histórico-teoréticos na passagem do Império para a República, da perspectiva da forma de atuação do guardião máximo da Constituição.. In: **XVI Encontro Preparatório do Conpedi, 2007**, Campos dos Goytacazes - RJ. Anais Conpedi / Campos dos Goytacazes, 2007.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.