

UMA REFLEXÃO SOBRE O SENTIDO DO *PROJETO* CONSTITUINTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO MARCO DA TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS*

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira**

RESUMO

O presente artigo pretende refletir sobre o sentido performativo do *projeto constituinte* do Estado Democrático de Direito, uma questão central para a Filosofia do Direito e para a Teoria da Constituição. Para isso, toma como marco teórico a Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito proposta por Habermas, especialmente em seu diálogo com republicanismo civil de Michelman. Tem como pano de fundo a discussão sobre a concepção moderna de legitimidade política justificada na idéia de *autonomia*, que não é somente política ou moral, mas também jurídica, e que se liga à relação interna entre Direito e democracia na modernidade e propõe um resgate da *memória* do processo constituinte brasileiro de 1987-88, assim como das vivências constitucionais sob a nova ordem jurídica pós-88. Conclui que o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito compreende um processo de aprendizado permanente, orientado ou aberto ao futuro, em que a relação pretensamente paradoxal entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular, resolve-se na dimensão do tempo histórico, de geração em geração, como um processo que em última análise pode ser compreendido como um processo de aprendizado que corrige a si mesmo.

PALAVRAS-CHAVES

CONSTITUIÇÃO; PROJETO CONSTITUINTE; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

*Para Lenio Luiz Streck e Menelick de Carvalho Netto. Agradeço à Flaviane de Magalhães Barros por suas observações e sugestões.

**Mestre e Doutor em Direito (UFMG), Professor de Teoria da Constituição (UFMG) e Professor de Filosofia do Direito (PUC-MG).

ABSTRACT

This article aims to develop some reflections about the performative meaning of the *constituent project* of Constitutional Democracy, a main legal philosophical and constitutional question. For this, takes the Habermas's Discourse Theory of Law and Democracy as a theoretical approach, specially, in its dialogue with Michelman's civil republicanism. Its background is the discussion about the modern conception of political legitimacy based on the idea of legal - not only moral or political - autonomy. This conception is connected with the internal relationship of modern law and democracy. And remind the Brazilian constituent process (1987-1988) and the constitutional experiences under the new legal order. This article concludes that the constituent project of the Constitutional Democracy is a permanent learning process, future-oriented, or openness, within the alleged paradoxical relationship between rule of law and democracy, human rights and popular sovereignty, resolves itself in the dimension of historical time, generation after generation, as process that can be understood in the long run as a self-correcting learning process.

KEY-WORDS

CONSTITUTION; CONSTITUENT PROJECT; CONSTITUTIONAL DEMOCRACY.

1. Introdução

No presente artigo, quero retomar a discussão sobre o sentido do *projeto* constituinte do Estado Democrático de Direito. Antes de tudo, trata-se de uma oportunidade de trazer mais uma vez ao debate algumas reflexões sobre o sentido performativo do exercício do *poder constituinte* como gênese da legitimidade do Estado Democrático de Direito que tenho buscado reconstruir (Cattoni de Oliveira, 2006), no marco da Teoria do Discurso do Direito e da Democracia, de Habermas (1998). Afinal, a teoria do poder constituinte é um tema que, entre os constitucionalistas e cientistas políticos, teria pouco avançado, em relação à formulação que lhe teria dado um autor clássico como Sieyes (2001), sem que, contudo, se tivesse atentado *adequadamente*, é bom frisar, para as especificidades dos movimentos constitucionais inglês, norte-americano e alemão, em face do movimento constitucional francês.

(Canotilho, 2002, p.49-84) Nesse sentido, pretendo contribuir para a discussão sobre a própria questão acerca da concepção moderna de legitimidade política, da legitimidade da modernidade como legitimidade na modernidade – a *autonomia*, que não é somente política ou moral, mas também jurídica, em razão da relação intrínseca entre Direito e democracia modernos -, subjacente a essa controvérsia, considerando as reflexões desenvolvidas por Habermas (2001, p.766-781), por exemplo, em artigo escrito em resposta a objeções apresentadas por Michelman, um dos grandes representantes do republicanismo cívico nos Estados Unidos.

2. O debate Michelman-Habermas

Segundo as objeções de Michelman, a prática constituinte não poderia ser reconstruída conforme os critérios da Teoria do Discurso, mais especificamente, de acordo com a idéia segundo a qual haveria uma coesão interna entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular (Habermas, 1998), pois esses critérios não explicariam de que modo se estabeleceriam as formas de comunicação pública, necessárias à institucionalização jurídica da ampla rede de canais discursivos que pressupõe a própria forma do Estado Democrático de Direito (Habermas, 2001, p.772). Para Michelman, a proposta de democracia deliberativa apresentada por Habermas não teria sido capaz de solucionar a suposta relação paradoxal entre Estado de Direito e democracia. Esse paradoxo ressurgiria todas as vezes que se tentasse identificar, de modo retrospectivo, o ato que criou uma Constituição e se tentasse averiguar se a própria formação da opinião e da vontade daqueles que se reuniram para dar origem à Constituição poderia ser entendida como um processo democrático (Habermas, 2003a, p.161). Por exemplo, a própria Assembléia Constituinte não poderia garantir a legitimidade democrática das normas com base nas quais ela mesma teria sido constituída, o processo democrático cairia num regresso ao infinito, pelo caminho de uma autoconstituição circular (Habermas 2003a, p.165). É nesse sentido que Michelman pergunta onde poderia ser encontrado esse momento constitutivo primário, a partir do qual os cidadãos fariam o uso originário de uma autonomia política que se constituiria, de um modo performativamente auto-referencial, e, assim, como esse momento seria possível (Michelman, 1996, p.312)

Afinal, a democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela *maioria política*? Todavia, mesmo onde uma *maioria* governa, a *minorias* não teria direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar direitos às minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição, ao judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? Assim, todas as vezes que a maioria lesasse direitos das minorias, o judiciário estaria autorizado a proteger esses direitos. Mas quem autorizaria, numa democracia, o judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente violariam direitos das minorias? Resposta: A constituição. Mas por que uma constituição autorizaria o judiciário a controlar decisões tomadas pela maioria, para que elas não firam direitos das minorias? A constituição, nesses termos, não seria contrária à democracia? Resposta: Não, se entendermos que a constituição não foi estabelecida nem pela maioria, nem pela minoria, mas pela nação. A nação, portanto, acima das maiorias e das minorias, é quem soberanamente estabelece a constituição do estado para que, dentro do estado, decisões tomadas por maioria não violem os direitos das minorias. A nação é o fundamento de todo poder e de toda autoridade. Mas quem autoriza a nação a estabelecer uma constituição, que autoriza o judiciário a controlar decisões majoritárias, para que essas decisões não violem direitos das minorias? A própria nação. Pois se trataria de uma questão de fato, não de direito, ou, pelo menos, não de direito “positivo”, quem sabe “moral”, já que todo direito é posto pela nação? Não há direito sem nação. Mas se a nação cria o direito, quem cria a nação? Ora, uma nação se cria. Mas como uma nação se cria? Por uma fatalidade da história ou a história teria um sentido imanente? De toda forma, como um “fato” se afirma como nação, dotada de soberania, para estabelecer uma constituição, que autoriza o judiciário a controlar a maioria, que toma suas decisões, desde que não fira os direitos da minoria? Uma nação impõe-se pela sua própria soberania. No final, quer dizer, *no princípio*, está a própria soberania, ou seja, uma *força* que a todos submete e que não se submete a ninguém. Mas por que a nação quererá estabelecer uma constituição do estado em que, por um lado, as decisões fossem tomadas pela maioria, e, por outro, que as maiorias pudessem ser controladas pelo judiciário, para que a maioria não pudesse violar o direito das minorias? Se a nação é soberana para assim decidir, ela poderia ter decidido de outro modo, por exemplo, que a minoria governe sobre a maioria, ou seja, ter decidido por um governo de poucos ou até mesmo de uma só

peessoa? A nação estaria obrigada a decidir pela democracia? O que faz com que a nação decida pela democracia? Ela teria, em princípio, outras opções? Por que não delegar a um ou a poucos o poder de tomada de decisão? Há um *fundamento último* para essa opção? Ou se trata, pois, sempre de uma escolha com certa margem de arbitrariedade? E, ao fazer essa escolha, quem interpreta as decisões da nação? Quem fala pela nação? A nação fala por si mesma? Não, para isso existe o estado. O estado encarna a nação, representa-a, no sentido de torná-la presente, para si mesma e para todos. O estado é a representação política da nação. E se o estado é a representação política da nação, quem representa o estado? O governo representa o estado. E, numa democracia, quem governa é a maioria. Se o governo da maioria representa o estado e se o estado representa a nação, em última análise, o governo representa a própria nação. Re-presenta – o governo é quem torna presente, quem atualiza, portanto, a nação. Ora, se o governo da maioria re-presenta a nação, se é ele quem incorpora o papel da nação, para que ou por que se falar em direitos para minorias, contra as decisões da maioria governante, e, mais ainda, decisões, essas, que seriam controladas pelo judiciário, ainda que fosse eleito pela maioria? Como falar em constituição, que garante as minorias em face das majorias se a própria maioria governante representa a nação? Constituição, judiciário, direitos, minorias, para quê ou por quê tudo isso se a própria maioria governa representando a nação, se a maioria encarna a nação, se a maioria é, pois, a nação no governo, se o governo é a própria representação da soberania nacional? Assim, só se pode falar em constituição, judiciário e direitos, numa democracia, tão-somente nos próprios termos estabelecidos pelas decisões da maioria governante que, em qualquer tempo, re-presenta a nação, torna presente a nação, inclusive para si mesma, de tal sorte que, como num jogo de “espelhos” (Hobbes), o governo majoritário é, portanto, a própria soberania nacional que se re-presenta? Disso também resulta que certas instituições, como a constituição que assegura direitos às minorias, seriam, *de quebra*, ingovernáveis e antidemocráticas, por serem, justamente, contramajoritárias? Afinal, o Estado Democrático de Direito não seria, assim, *uma união paradoxal de princípios contraditórios*, a se fundamentar, em última análise, numa mera *tautologia*? Ou, então, quem sabe, a democracia talvez não deva ser reduzida tão-somente a uma mera forma de governo cujas decisões são tomadas pela *maioria*? Ou quem sabe o constitucionalismo e sua garantia de direitos não devam ser tão-somente tomados como

contra-majoritários? Afinal de contas, o que é democracia? *Governo da maioria*? O que é constituição? Um limite para o exercício do poder? A democracia é incompatível com uma *constituição garantidora de direitos porque limitadora do governo majoritário*? Como, pois, conceber adequadamente a relação entre constituição e democracia?

Em resposta, Habermas pretende demonstrar, a partir da análise crítica da concepção republicana da *hermenêutica constitucional*, proposta por Michelman, em **Brennan and democracy** (1999), que a relação pretensamente paradoxal entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular, resolve-se na dimensão do tempo histórico, como um processo que corrige a si mesmo, se compreendermos a Constituição como um projeto que transforma o ato fundador num processo constituinte progressivo que tem continuidade, que prossegue, por meio de sucessivas gerações (Habermas, 2001, p.768).

3. O processo constituinte brasileiro de 1987-88 sobre o pano de fundo de uma reconstrução histórica da identidade constitucional brasileira

Para retomar a questão acerca da gênese da legitimidade do Estado Democrático de Direito e do sentido performativo do exercício do poder constituinte, uma questão central para a Teoria da Constituição e para a Filosofia do Direito (Cattoni de Oliveira, 2007, p.127-153), proponho um resgate da *memória* do processo constituinte de 1987-88, assim como das vivências constitucionais sob a nova ordem jurídica pós-88.

Para o ex-constituinte, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e atual Ministro da Defesa (Jobim **in** Sampaio, 2004, p.9-17), por exemplo, haveria um *deficit* de legitimidade da Assembléia Constituinte, de 1987-88, em razão não apenas do modo com que essa assembléia foi convocada – uma emenda à Constituição de 1967 – mas também em razão do seu funcionamento, e que teria sido compensado pela posterior atuação do Supremo Tribunal Federal.

Assim, qual seria a nossa *memória* do processo constituinte de 1987-88? Seria a mesma do ex-constituinte e atual Ministro da Defesa? A de um processo constituinte tão-somente conduzido por lideranças partidárias privatizadas, encasteladas no Congresso Nacional, que teriam atuado sem audiências públicas e sem a possibilidade de propostas de emendas populares, sem a menor contribuição ou pressão diuturna por

parte dos setores organizados e mobilizados da sociedade, inclusive sem a pressão, até mesmo, do Palácio do Planalto? Sem ao menos uma assessoria parlamentar decente e respaldada por seminários e debates especializados ocorridos à época por todo o País? Ou teria sido, ao contrário, “o processo constituinte de maior participação popular da história do Brasil”? (Bonavides; Andrade, 1989) E, de 1988 até o hoje, o que, afinal, foi constituído em termos de *identidade constitucional*, feito de nós como sociedade política, e que se nos coloca como uma necessidade de reflexão crítica, de resgate ou de exercício dessa *memória*? Em outras palavras, em que sentido seria possível falar de uma *identidade constitucional*? (Rosenfeld, 2003) Até que ponto se pode falar num fio condutor que liga a *geração dos constituintes* com a *geração presente* e com as *gerações do futuro*? Por outro lado, quais seriam os problemas para se falar numa identidade constitucional (Rosenfeld, 2003, p.18)? Um dos problemas, e que pelo menos é próprio das constituições escritas, cujo texto foi elaborado num determinado momento histórico, é o de se é possível resgatar a história da elaboração desse texto, da sua construção ou da sua reconstrução jurisprudencial pela jurisdição constitucional, já que, como texto escrito, a Constituição estará sempre, inexoravelmente, aberta a múltiplas interpretações plausíveis. (Rosenfeld, 2003, p.19) Um outro é o de se é possível resguardar essa identidade, se a própria Constituição prevê a possibilidade de reforma do seu texto. Emendas Constitucionais viriam estabilizar uma certa identidade ou romper como ela? (Rosenfeld 2003, p.20) Afinal, considerando as histórias constitucionais do Brasil, nesses 18 anos, o que nós (nos) constituímos? O que foi construído, em termos do desenvolvimento e da realização do projeto constituinte de sociedade, que estaria subjacente à Constituição de 1988, a construção de uma sociedade fraterna, do compromisso com o pluralismo social e cultural, com a democracia e com a justiça social, com o Estado de Direito e com os direitos fundamentais. Enfim, hoje nós devemos criticamente nos perguntar, qual é o Brasil que nós constituímos?

Uma certa sensação de fracasso parece restar, como se o ano de 1988 tivesse sido um momento, mais uma vez, de crença e de fé na possibilidade de mudança, todavia, anos depois, ao se buscar olhar para trás e reconstituir toda essa caminhada, viria um sentimento de fracasso. Para alguns juristas brasileiros, a Constituição, e quem sabe o próprio projeto constitucional brasileiro, estaria morta; seria, portanto,

necessário, simplesmente celebrar uma *missa fúnebre* (Comparato in Fiocca; Grau, 2001, p.77 e seguintes) pela Constituição de 1988, reconhecendo nossa incapacidade de constituir uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais. É esse o aprendizado que nós devemos procurar resgatar da nossa história? É essa a sensação que realmente deve nos ficar em relação a esses anos? Nada de diferente nos restou, a não ser esse sentimento recorrente de fracasso e essa sensação de frustração, mais uma vez, com o projeto de constituição de um Estado Constitucional e democrático no Brasil? Pois embora tais juristas tenham sido capazes, numa perspectiva normativa, de apreender de modo claro o sentimento difuso da atual situação constitucional brasileira, conducente ao perigo de um verdadeiro processo de anomia e de desintegração social, é preciso buscar apreender *algo* mais, algo que apenas um enfoque reconstrutivo, com base na Teoria do Discurso, proposta por Habermas, nos permitirá ver, precisamente para que possamos fazer jus à complexidade da questão. Não se trata apenas de uma suposta dualidade entre o *ideal constitucional* e a *realidade sócio-política* recalcitrante; há toda uma idealidade *já presente* na facticidade dos processos políticos e sociais, e que deverá ser por nós resgatada. O que, em outras palavras, significa dizer que a própria questão acerca da frustração constitucional, de que nada de diferente nos restou, a não ser esse sentimento de fracasso com o que poderia parecer uma não-realização do projeto de constituição de um Estado Constitucional e democrático, está muito mal colocada. Qual projeto constituinte não seria inconcluso? Qual projeto constituinte não estaria sujeito a tropeços? É preciso lembrar que em todo momento, o risco que nós corremos é justamente o de que nossas expectativas normativas, ainda mais se excessivas, sejam realmente frustradas.

Em Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, Carvalho Netto (1998) nos chama justamente a atenção para o modo com que tradicionalmente as teorias jurídicas vão lidar com o problema da efetividade do Direito, com a questão do seu cumprimento e de sua aplicação efetiva. Por um lado, tais teorias, que têm como exemplo a de Loewenstein (1976), afirmam que o Direito representa um ideal de sociedade, que deve ser perseguido, mas que, todavia, a própria realidade da sociedade pode se apresentar como um obstáculo, a todo o momento, para que esse ideal seja realizado, como se, por um lado, essa realidade não fosse também um *constructo* e, por outro, como se esse mesmo ideal de construção de

uma nova sociedade não tivesse surgido e, assim, não fizesse parte dessa própria sociedade que o projeta, assumindo, pois, em última análise, uma postura que agrava o problema que pretendem denunciar (Carvalho Netto, 2002, p.46-52). Tudo isso, ao invés de procurar mostrar como é que esses ideais de democracia e de justiça, esses anseios por uma vida mais solidária, por uma relação de convivência pacífica, etc., já fazem parte da nossa convivência, ao se buscar resgatar criticamente seus vestígios na nossa própria história. É preciso explorar as **tensões** presentes nas práticas jurídicas cotidianas e reconstruir, de forma adequada ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, os fragmentos de uma racionalidade normativa *já presente* e vigente nas próprias realidades sociais e políticas, pois é exatamente essa dimensão de *idealidade destrancendentalizada* que torna, inclusive, passível de crítica uma *realidade* excludente.¹ Se esses ideais já não estivessem presentes, ainda que fragmentariamente, na nossa história, inclusive em razão de toda a “catastrófica realidade histórica e social”, nós não reconheceríamos o projeto de construção e realização desses ideais: sem uma pré-compreensão, sem uma vivência, da exclusão, por um lado, e sem a pré-compreensão de um conseqüente *constitucionalismo simbólico* (Neves, 2006) daí decorrente, os textos de normas constitucionais que excluem a discriminação e a exclusão provavelmente não teriam sido incluídos de forma tão veemente na Constituição da República de 1988, como no caso dos textos dos arts. 1º, 2º, 5º, §§1º e 2º. Cabe lembrar, inclusive, com Müller

¹ Cabe dizer que é equivocado compreender o conjunto dos “pressupostos idealizantes do agir comunicativo” ou a chamada **situação ideal de fala**, em Habermas, como uma espécie de sucedâneo do “reino dos fins” ou mesmo como uma “idéia reguladora” kantiana que “serve como guia para discursos empíricos” e “torna possível criticar resultados neles obtidos” (Gomes; Merle 2007, p. 69). Não há que se proceder aqui a **analogias**, mas sim de se reconhecer – **todavia de forma adequada** – a possibilidade de um **nexo genealógico** entre as “idéias” kantianas da razão pura e os pressupostos idealizantes do agir comunicativo. E isso porque “(...) a transformação das ‘idéias’ kantianas da razão pura em pressupostos ‘idealizantes’ do agir comunicativo levanta dificuldades especialmente acerca do papel **factual** das suposições **contrafactuais** pressupostas performativamente. Isso porque elas adquirem uma eficácia operativa para a estruturação dos processos de entendimento e dos contextos organizados de interação” (Habermas, 2005, p.85). Afinal, para Habermas, “[d]e acordo com a pragmática formal, a estrutura interna racional do agir orientado para o entendimento está refletida nas pressuposições que os atores **têm** que fazer se eles querem se engajar nessa prática. A necessidade desse ‘ter que’ possui antes um sentido wittgensteiniano do que kantiano. Isso é, ela não possui o sentido transcendental das condições numerais, necessárias e universais da experiência possível, mas o sentido gramatical de uma ‘inevitabilidade’ advinda das conexões conceituais internas de um sistema de comportamento guiado por regras, em que nos socializamos, e que, em qualquer caso, ‘é para nós inescapável.’”(Habermas 2005, p. 86) Já a **situação ideal de fala** nada mais é, segundo Habermas, do que um “experimento de pensamento” [**ein Gedankenexperiment**] e representa, assim destituída de toda e qualquer conotação essencialista, tão-somente uma projeção metodológica, empreendida por meio da reconstrução dos pressupostos idealizantes da racionalidade comunicativa **já operantes** na facticidade dos processos sociais e subjacentes, portanto, a toda interação lingüística voltada ao entendimento. (Habermas 1998, p. 401).

(1998, p.89), que a positivação jurídico-moderna como “textificação é faca de dois gumes”, porque a Constituição pode ser compreendida como desvirtuada no sentido de um *constitucionalismo simbólico*, mas também pode ser levada a sério, ou, nas palavras desse jurista alemão, “ao pé da letra”. A Constituição brasileira de 1988 não só fala de exclusão, senão que se pronuncia contra ela, principalmente nos Títulos que tratam dos princípios e dos direitos fundamentais, podendo revelar, portanto, diferentemente de um contraste entre ideal e real, inclusão e exclusão, uma tensão entre texto e contexto. Numa leitura discursiva, reconstrutiva, deve-se, inclusive, virar o texto constitucional contra a exclusão que, ao contrário de se ancorar numa lei natural, como se não fosse, como disse, também uma construção histórica e social, na verdade permanece vinculada à pré-compreensão social e política, não problematizada, de intérpretes, especializados ou não, que vivenciam essa Constituição. Por que, então, não resgatar nossas experiências solidaristas? Por que não resgatar, então, as nossas melhores tradições? As nossas tradições de civismo e de defesa da liberdade, as nossas tradições de resistência? E mostrar de que maneira essas tradições estão enraizadas no nosso imaginário e de que modo elas contribuem, inclusive, para nos sentirmos frustrados, assustados, violentados, diante de uma *realidade tão nua e tão crua*? Pois como bem afirma Sorj:

Muitos estudos de ciências sociais, no lugar de descobrirem as formas e sentidos de construção social da cidadania a partir dos próprios agentes sociais, refletem as frustrações da intelectualidade e das classes médias locais com suas próprias sociedades. Tal atitude, embora compreensível, alimenta uma tendência secular à desmoralização das instituições democráticas existentes, e as ciências sociais perdem a oportunidade de mostrar que a América Latina é um canteiro de experiências sociais que, com os cuidados devidos, indica problemas igualmente relevantes para os países capitalistas avançados. (Sorj, 2004, p.20)

E, com isso, também não podemos concordar com Jobim quando afirma que apesar de todas as supostas *negociatas* que teriam sido realizadas durante o processo constituinte de 1987-88, “isso não colocaria a legitimidade atual da Constituição em questão, porque *nós* (leia-se, o Supremo Tribunal Federal) fizemos alguma coisa que se chamaria de Constituição ‘funcionar’ nestes últimos 15 anos”. Isso porque o Supremo Tribunal Federal não pode, sob a desculpa de querer guardar a Constituição, privatizar, apropriar-se da Constituição. Não se pode afastar a cidadania, nem do seu momento de criação, nem do seu processo de interpretação. Somos todos intérpretes da Constituição. Uma postura contrária a uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” não

contribui para o resgate das tradições democráticas, que concorreram para elaboração da Constituição e para reafirmação, mais uma vez, de um projeto constitucional que, na verdade, não surgiu em 1988 e não se esgotou em 1988, no que reside a importância e o *sentido performativo* do processo constituinte de 1987-88:

O ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou um novo tipo de prática com significação para a história mundial. E o sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. Graças a esse sentido performativo, que permanece disponível à intuição de cada cidadão de uma comunidade política democrática, ele pode assumir duas atitudes: referir-se *criticamente* aos textos e decisões da geração dos fundadores e dos sucessores; ou, ao contrário, assumir a perspectiva dos fundadores e dirigi-la criticamente contra atualidade, a fim de examinar se as instituições existentes, as práticas e procedimentos da formação democrática da vontade preenchem as condições para um processo que produz legitimidade... Sob essa premissa, qualquer ato fundador abre a possibilidade de um processo ulterior de tentativas que a si mesmo se corrige e que permite explorar cada vez melhor as fontes do sistema dos direitos.(Habermas 2001, p.775-776)

4. A Constituição da República brasileira e seu sentido performativo

A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante na nossa história recente, de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido normativo, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo. Numa leitura reconstrutiva,² a Constituição reafirma, mais uma vez, porque os reinterpreta, os grandes ideais de autonomia e de emancipação presentes nas grandes revoluções do final do século XVIII (Habermas, 2003, p.193). Porque nós também somos herdeiros de um processo constitucional que se desenvolve há pelo menos duzentos anos, (Habermas, 1998, p.589 e seguintes) que deve ser relido

² Souza Cruz, ao se apoiar numa leitura equivocada, no meu ponto de vista, de Rosenfeld (2003), parece não compreender adequadamente o que seja *reconstrução* para a Teoria Discursiva do Direito, quando afirma que minha posição, em Cattoni de Oliveira *in* Sampaio, 2004, p.131 e seguintes, “pode parecer insuficiente” (Souza Cruz *in*: Galuppo, 2006, p.97). Afinal, se a “negação” pressupõe critérios normativos com base nos quais se deva julgar criticamente o passado, como veremos em seguida, é de se perguntar a Souza Cruz como determinar tais critérios normativos, a não ser reconstrutivamente (Habermas, 2001, p.48-49); ou tais critérios normativos seriam dados *a priori*, transcendentais, ou mesmo platonicamente transcendentais, ahistóricos?

permanentemente no sentido de que só se garantem condições para o exercício da liberdade, em liberdade:

Esses duzentos e poucos anos de experiência constitucional da humanidade, trazendo inclusive a universalização do fenômeno do constitucionalismo, revelam-se hoje para nós um processo de aprendizado a ser reflexivamente assumido.” (Carvalho Netto in Sampaio, 2003, p.155)

Assim, com os olhos postos no *futuro*, que se projeta com o ato de fundação que representa a Constituição, é possível reconstruir, também, um outro *passado*. Um *novo* passado, comprometido com esse projeto de futuro. Pois o nosso passado, resgatado nessa perspectiva, não é só um passado de frustrações. Pois a reconstrução da história, e poderíamos dizer que não só da história política e dos seus crimes, assim como de seu emprego público, como afirma Habermas, baseando-se em uma reflexão de Günther,

É manifesto que depende não apenas dos fatos, mas também da nossa visão dos fatos, como decidimos nas questões de imputabilidade. A observação histórica retrospectiva também depende de uma pré-compreensão com a qual abordamos o ocorrido, qual participação atribuímos às pessoas e qual às circunstâncias, onde traçamos as fronteiras entre liberdade e obrigação, culpa e inocência. A disponibilidade hermenêutica de reconhecer a verdadeira dimensão da responsabilidade e do conhecimento de causa varia com a nossa compreensão da liberdade – como nós avaliamos como pessoas responsáveis e quanto exigimos de nós mesmos como atores políticos. É essa pré-compreensão mesma que se encontra em discussão com as questões da autocompreensão ético-políticas. Como vemos divididas culpa e inocência na visão histórica retrospectiva, *também* reflete as normas com base nas quais estamos dispostos a nos respeitar reciprocamente como cidadãos desta República.(Habermas, 2001b, p.48-49)

5. O fundamento de legitimidade do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito e a revisão da teoria do poder constituinte

Afinal, qual é o fundamento de legitimidade do projeto constituinte do Estado Democrático de Direito, senão a própria construção, e projeção a um futuro aberto, dessa legitimidade? (Habermas, 2003b, p.193) E de uma legitimidade através da *legalidade*, do reconhecimento segundo o qual se deve, inclusive, rever a concepção francesa e tradicional de poder constituinte como ato de força e compreender que, hoje, após mais de dois séculos de Constitucionalismo, o poder constituinte “requer mais do que a simples e bruta tomada do poder ou manipulações palacianas para obter apoio do povo.” (Carvalho Netto 2002: 45) Nesse sentido, para Carvalho Netto, o poder constituinte, embora ilimitado em relação à ordem com a qual rompe,

(...)encontra-se vinculado a criar instituições capazes de garantir esses princípios [liberdade e igualdade] jurídica e politicamente, pois, ao institucionalizar o poder público, o faz de tal modo que a própria constituição dos órgãos e a forma de atuação dos mesmos os densifique. O Estado moderno retira de seu próprio operar, de seu funcionamento regido por esses mesmos princípios, o substrato de legitimidade necessário à sua reprodução cotidiana. (Carvalho Netto, 2002, p.41-42)

E é assim que Habermas (2001, p.777), ao reconstruir a pergunta pressuposta a um processo constituinte legítimo - acerca de quais direitos devemos atribuir-nos, reciprocamente, caso queiramos regular legitimamente nossa convivência por meio do Direito -, afirma que, numa perspectiva reconstrutiva, que leva a sério a relação interna entre Direito e democracia, bem como a relação de complementaridade entre Direito e moral, a forma jurídica moderna, justificada normativamente com base no princípio do discurso enquanto princípio democrático, *pace* Chamon Junior (2007),³ não se encontra à disposição da auto-legislação democrática, posto que a constituiu. Na modernidade,

³ Em sua mais recente, e importante, contribuição para o debate jurídico-acadêmico (2007), Chamon Junior sugere a tese, corroborada por Jiménez Redondo, segundo a qual Habermas não apresentaria propriamente uma justificação normativa para a forma jurídica moderna, mas apenas, para usar a expressão utilizada no “estudo prévio”, uma “justificação funcional” (Jiménez Redondo). Ora, tal interpretação é equivocada, sob pena de incoerência argumentativa. Habermas (1998, p. 177), ao afirmar que precisará as “características formais do Direito” ou a “as características do Direito quanto à forma”, recorrendo à relação de complementaridade entre Direito e moral, como parte de uma “explicação funcional”, posto que “a forma do direito não é um princípio que se poderia ‘fundamentar’, já seja epistêmica, seja normativamente”, está tão-somente, no meu ponto de vista, contrapondo o seu pensamento ao de Kant na **Metafísica dos costumes** (Habermas, 1998, p. 171; p. 177; p. 178; p. 186). E, assim, de forma alguma Habermas estaria negando a possibilidade de justificação normativa do Direito e de suas características formais. Afinal, para Habermas, no nível pós-convencional de justificação ou, em outras palavras, na modernidade, o Direito (assim como a moral) justifica-se no princípio do discurso que expressa “o sentido das exigências pós-convencionais de justificação” (Habermas, 1998, p.172) ou “o ponto de vista a partir do qual se podem *justificar imparcialmente* normas de ação”. E tal princípio justifica-se, por fim, “nas relações simétricas de reconhecimento inscritas nas formas de vida comunicativamente estruturadas” (Habermas 1998, p.174), exigências expressas nos “pressupostos contrafactuais subjacentes à toda interação lingüística voltada ao entendimento” (Habermas, 1998, p.66). Cabe dizer que Habermas (considere-se o próprio título do capítulo 3, de **Facticidade e validade**), não procede aqui a uma “dedução lógica” do princípio democrático (ou do princípio moral) do princípio do discurso. Diferentemente disso, Habermas introduz o princípio do discurso em termos reconstrutivos, em que uma perspectiva normativo-discursiva deve permanecer em *tensão* com uma perspectiva sociológica reconstrutiva (Habermas, 1998, p.68; p.130-146), a fim de se levar a sério a própria *tensão* interna, mas também externa, entre facticidade e validade. Assim, mesmo ao se falar em Direito e moral em termos “sociológicos” ou de “evolução social” não se estará tratando, do ponto de vista da Teoria do Agir Comunicativo, de uma questão apenas *funcional* ou *sistêmica*, posto que evolução social implica, do ponto de vista normativo, processos de aprendizado social, de aquisição de um saber lidar de forma cada vez mais complexa e sofisticada com problemas práticos cada vez mais complexos. E no caso da modernização, a passagem, mais uma vez, de um nível convencional para um nível pós-convencional de justificação, implica exatamente o aprendizado reflexivo segundo o qual não há autonomia pública sem autonomia privada, liberdades comunicativas sem liberdades subjetivas.

pace Moreira (2007),⁴ o poder constituinte legítimo só se expressa através do *medium* do Direito moderno. Enfim, o constitucionalismo democrático é um *projetar-se* que, por ser moderno, é sempre carente de legitimidade, de uma legitimidade que é sempre vivida como *falta*, como *ausência*, na impossibilidade de um fundamento último, absoluto, na tradição, e que se lança, pois, a um futuro aberto.⁵ Esse *pro-jecto* remete a própria questão da legitimidade à idéia de *construção da legitimidade*, por meio da realização no tempo da coesão interna entre as noções de autogoverno e de iguais direitos individuais de liberdade, concretizadores de uma noção complexa de autonomia. Assim, as exigências normativas que se colocam a esse processo constituinte, ao invés de barreiras a ele, são, na verdade, uma forma de explicitação da própria noção complexa de autonomia que lhe é subjacente (Habermas, 2003a, p.171).

6. Patriotismo Constitucional contra a fraude à Constituição

Agora, como é possível construir permanente e reflexivamente essa legitimidade insistindo num dos grandes equívocos, que advém da incapacidade de compreender que o Direito não é capaz por si só de transformar a realidade ou de transformar o mundo? Que no máximo, no máximo, a Constituição pode promover mudanças na medida em que essa Constituição constitua algo. Que ela seja o centro de mobilização ou de integração política de uma sociedade, no sentido do desenvolvimento de um *patriotismo constitucional*. (Habermas, 1998; Cattoni de Oliveira, 2006) É insistir num equívoco acreditar que a Constituição por ela mesma é capaz de transformar a realidade, ou que mais uma emenda constitucional vai resolver o problema da falta de efetividade da Constituição. Num equívoco que, ao contrário de reforçar a crença no Direito, contribui para mais frustração e para o agravamento do sentimento de fracasso constitucional. Tal equívoco se faz presente, mais uma vez, quando ao invés de promovermos a transformação da compreensão da Constituição e das práticas políticas e sociais, no sentido do projeto de construção permanente e aberta do Estado Democrático de Direito

⁴ Em recente obra publicada, ao conceber “a constituição como simulacro”, Moreira (2007) corre não apenas o risco de equivocadamente reduzir democracia a *governo da maioria*, mas o de perigosamente confundir democracia com totalitarismo, ao afirmar, em outros termos, que o constitucionalismo é, em si mesmo, antidemocrático.

⁵ Caberia, numa futura oportunidade, traçar um paralelo entre Habermas (2003b), Luhmann (1996) e Derrida (2007) sobre *a abertura para o futuro* do Direito moderno.

entre nós, correntes políticas, no governo ou fora dele, insistem mais uma vez numa nova Emenda Constitucional ou mesmo numa nova Constituinte, na expectativa por demais idealista de que assim seriam resolvidos todos os problemas e crises sociais, econômicos, políticos e, até mesmo, os de efetividade do Direito (*pace* Horta, 2006, p.150-152). Mais grave ainda é quando se acredita que poderiam ser resolvidos *problemas de governabilidade* ou mesmo *crises políticas e morais*, atribuindo-se culpa ao Texto Constitucional, como se fosse culpa da Constituição democrática o seu próprio descumprimento, como também todo e qualquer problema social, econômico, político ou moral. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional pelo menos três Propostas de Emenda à Constituição, quer no sentido da convocação de uma nova assembléia constituinte, quer no sentido de se converter o Congresso Nacional em assembléia revisora, alterando-se o próprio art. 60, da Constituição da República, que regula o processo legislativo de reforma constitucional, sob a pretensa justificação, inclusive, apresentada por parte da doutrina, do que seria uma *compreensão evolutiva do poder constituinte*. Cabe, antes de tudo, considerar que as normas constitucionais que regulam o processo legislativo de reforma constitucional possuem, como toda norma jurídica, uma dupla dimensão de validade: elas se endereçam aos seus destinatários tanto como limites coercitivos para aqueles que atuam de forma estratégica ou, ao menos, visando tão-somente à satisfação dos seus próprios interesses, quanto como uma garantia do exercício de liberdades comunicativas àqueles que agem por respeito às normas democraticamente estabelecidas. (Habermas, 1998, p.90 e seguintes) Nesse sentido, é preciso deixar claro que as Propostas de Emenda à Constituição que visam à redução do *quorum* de três quintos para maioria absoluta, à diminuição dos turnos de votação, bem como à reunião unicameral das Casas Legislativas, enfim, a uma *simplificação* do processo legislativo de reforma, são **inconstitucionais**, estando sujeitas à declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Elas violam a *rigidez constitucional*, porque colocam em risco direitos e garantias das minorias políticas, bem como porque infringem as próprias condições constitucionais e processuais para deliberação por maioria, subvertendo o próprio processo legislativo democrático, sob a desculpa de *democracia*. Ora, decisões ainda que majoritárias, violadoras de direitos constitucionais das minorias políticas e que, assim, subvertem as próprias bases constitucionais para deliberação política, são, na verdade, *autoritárias*; não configuram, portanto, a

manifestação de um poder político democrático, mas sim a expressão de *pura violência*.⁶ Tais propostas, sob o argumento falacioso de que a convocação de uma assembleia revisora, ou mesmo de uma nova constituinte, cujos trabalhos seriam submetidos a um referendo popular, seria a expressão da *soberania popular* mesmo que *contrária à Constituição*,⁷ são verdadeiras tentativas de *golpe de Estado*, devendo ser, portanto, denunciadas publicamente e a elas resistidas, posto que configuram uma grave ameaça contra o Estado Democrático de Direito.⁸

7. Direito e política

Esses são graves equívocos que precisam ser combatidos. Precisamos romper com concepções, ingênuas ou cínicas, segundo as quais bastaria mudar o texto das leis ou mesmo o da Constituição para serem solucionados de uma vez por todas todos os problemas de descumprimento do Direito. Pois mais uma nova emenda não vai resolver os nossos problemas de saúde, de educação, de habitação, etc. Inseriu-se, por exemplo, no *caput* do artigo 6º, da Constituição, dentre os direitos sociais, o direito à moradia. É realmente ingenuidade acreditar que pelo simples fato de o direito à moradia ter sido inserido expressamente na Constituição, todas as pessoas no País já terão moradia, ou que a Constituição, por ela mesma, vai sair construindo casa por aí. É necessária uma política habitacional condizente. Ou que considerar racismo crime, que as pessoas vão deixar de ser racistas. É necessário fomentar uma cultura pluralista. Ou em razão da Constituição ter consagrado instrumentos de realização da reforma agrária, mais que necessária, já se teria realizado ou que tal coisa se realizará num passe de mágica. É necessária uma atuação governamental para isso. Como afirma Carvalho Netto:

A Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas a título de exemplo, o tratamento político dos problemas políticos e o cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-se-á por pagar o preço do incremento da desestima

⁶ Sobre a distinção entre poder e violência ver Arendt 1999, p.123-124; Habermas 1975, p.205 e seguintes; Habermas, 1998, p.214 -218; e Calvet de Magalhães, 1985, p.185-200.

⁷ Esse era o modo com que escandalosamente o Dep. Michel Temer pretendia justificar a constitucionalidade de uma “PEC” que convoca uma assembleia revisora, em Parecer à Proposta de Emenda Constitucional n.º 157, de 2003, em tramitação perante a Comissão de Constituição e Justiça, da Câmara Federal.

⁸ Nesse sentido, ver o Manifesto Republicano em Defesa da Constituição: Revisão é Golpe!, 2006, disponível em www.ihj.org.br.

constitucional a corroer toda a potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática, efeitos opostos aos almejados.(Carvalho Netto in Sampaio, 2004, p.282)

É preciso, pois, uma prática política correspondente, de compromisso com esses princípios, com essas diretrizes, esses direitos constitucionais, a fim de se romper reflexivamente com toda uma tradição anticonstitucional e antidemocrática de exclusão social e política. A Constituição, assim, nem dispensa, nem substitui a política.

8. O fantasma do Poder Moderador e o papel democrático da Jurisdição Constitucional

E se a promulgação da Constituição representa, pois, um momento de amadurecimento, de construção e de aprendizado social, por parte da *nossa* sociedade, é preciso considerar também que essa mesma sociedade vem aprendendo a duras penas que não adianta recorrermos a um possível sucessor do Imperador, a um possível sucessor do Poder Moderador, para resolvermos todos os nossos problemas. A última moda do momento é transferir o *destino* da cidadania para o Supremo Tribunal Federal, sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania. Nós já fizemos isso em relação ao Imperador, em relação à Presidência da República, em relação aos militares. Vamos, agora, transferir para o Supremo Tribunal Federal e para o Judiciário tal responsabilidade? Não.

Pois se, todavia, compreendermos a Constituição como a configuração de um sistema de direitos fundamentais, que assegura a inter-relação e a co-originalidade das autonomias pública e privada e que, assim, apresenta as condições para institucionalização jurídica das formas comunicativas necessárias para uma legislação autônoma, a Jurisdição Constitucional deve, na verdade, referir-se tão-somente às condições procedimentais para a realização do processo democrático e das formas deliberativas da formação política da opinião e da vontade (Cattoni de Oliveira, 2006b). Mas, para isso, temos exatamente de livrar nossa compreensão do processo político de conotações excessivas, impostas por uma concepção comunitarista, que colocariam a Jurisdição Constitucional sob permanente pressão. Concordando com Habermas, a Jurisdição Constitucional “não pode assumir o papel de um regente que toma o lugar de um sucessor menor de idade ao trono”. (Habermas, 1998, p.354)

9. Considerações finais

Assim, cabe concluir que não mais podemos ser ingênuos em relação à nossa história. Temos que assumir essa história, que é nossa, e que não pode ser privatizada por ninguém que pretenda adotar um ponto de observação privilegiado em relação a ela. Qual história nós queremos assumir? Qual é o passado que nós pretendemos escolher e resgatar, por um lado, e descartar, por outro, na construção do futuro? Tal questão não pode ser reduzida a um exercício privatizado de memória. Essa é uma questão pública, acerca da (re)construção da identidade constitucional. A Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional. Nenhum deles pode compreender o exercício de suas funções como substituição do papel dos cidadãos em uma democracia, sob pena de se dar continuidades a tradições autoritárias com as quais a Constituição vem romper. A Constituição é *nossa*, como um projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos livres e iguais; se não, não é Constituição. Afirmar que tal projeto constitucional é *aberto* não significa dizer que ele não tenha substância ou conteúdo, mas que esse *conteúdo* é preenchido pelo exercício, no tempo, da autonomia jurídica (pública e privada), única fonte moderna de legitimidade política. Devemos assumir a responsabilidade que é nossa, e pararmos de transferir essa responsabilidade para um pretenseu sucessor do Imperador, erro que precisamos corrigir. Nesse sentido, também, a crença excessiva de que resolveremos todos os problemas sociais editando novas leis é um grande equívoco. Nós não podemos atribuir ao Direito esse papel *dirigista* de transformação, que é de outras esferas da sociedade, porque senão perpetuaremos, exatamente, o sentimento de frustração, por continuarmos a nutrir expectativas excessivas em relação ao Direito. Afinal, o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito compreende um processo de aprendizado permanente, orientado ou aberto ao futuro, em que a relação pretensamente paradoxal entre Estado de Direito e democracia, direitos humanos e soberania popular, resolve-se na dimensão do tempo histórico, de geração em geração, como um processo que em última análise pode ser compreendido como um processo de aprendizado que corrige a si mesmo.

Eis, portanto, como tratar reconstrutivamente da legitimidade do Estado Democrático de Direito, a partir de uma reflexão sobre o projeto constituinte, aberto e

plural, de uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais, que se realiza como processo de aprendizado, ao longo do tempo histórico.

10. Referências Bibliográficas

ARENDDT, Hannah. **Da revolução**. Trad. Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1990.

ARENDDT, Hannah. **Crises da República**. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Paz e Terra, 1989.

BRASIL. Manifesto Republicano em Defesa da Constituição: Revisão é Golpe!, 2006, disponibilizado em www.ihj.org.br.

CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. Ação e poder em H. Arendt e J. Habermas. **Revista Ensaio**, n.º 15 e 16, p.185 a 200, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão**, n.º 9, jan./dez. de 2002, p. 5-50.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-164.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito: por um exercício de patriotismo constitucional no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado democrático de Direito de Jürgen Habermas. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) **15 anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.131-154.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**: O projeto constituinte do Estado Democrático de Direito na Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006b.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia:** Contribuições para uma teoria discursiva da constituição no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação Jurídica:** Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Estudo prévio de Manuel Jiménez Redondo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. In: FIOCCA, Demian e GRAU, Eros Roberto. **Debate sobre a Constituição de 1988.** São Paulo: Paz e Terra, 2001, p.77 e seguintes.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei:** o “fundamento místico da autoridade”. Trad. Leyla Perrone-Moises. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GOMES, Alexandre Travessoni e MERLE, Jean-Christophe. **A Moral e o Direito em Kant: ensaios analíticos.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

HABERMAS, Jürgen. El concepto de poder de Hannah Arendt. In: **Perfiles filosófico-políticos.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1975, p. 205 e seguintes.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez:** Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de Teoría del Discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles? **Political Theory**, v. 29, n. 6, dec. 2001, p. 766-781.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional.** Trad. Márcio Sigmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001b.

HABERMAS, Jürgen. **Truth and justification.** Trad. Barbara Fultiner. Cambridge, Mass.: MIT, 2005.

HABERMAS, Jürgen. On Law and disagreement: some comments on ‘interpretative pluralism’. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003, p.184-194.

HORTA, José Luiz Borges. História, Constituições e Reconstitucionalização do Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, jul.-dez. de 2006, p.121-155.

JOBIM, Nelson Azevedo. A constituinte vista por dentro – vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.) **15 anos de Constituição:** história e vicissitudes. Belo Horizonte; Del Rey, 2004.

LUHMANN, Niklas. La costituzione comme acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Píer Paolo; Luther, Jörg (orgs.). **Il futuro della costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, p.83-128.

MICHELMAN, Frank. Between Facts and Norms. Jürgen Habermas. **The Journal of Philosophy**, v. XCIII, n.º 6, jun. 1996.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and democracy**. Princeton, 1999.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

SIEYES, Emmanuel Joseph (1789). **A Constituição burguesa: 'Qu'est-ce que le Tiers État?'** Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SORJ, Bernardo. **A democracia inesperada: Cidadania, direitos humanos e desigualdade social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional. In GALUPPO, Marcelo Campos (coord.) **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p.47-104.