

Democracia Constitucional no Estado Democrático de Direito: três ensaios crítico-reconstrutivos no marco da Teoria Crítica da Constituição<sup>1</sup>

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira<sup>2</sup>

Na presente publicação, procuro reunir, num só texto, três ensaios que, ligados entre si, são fundamentais, no marco da *Teoria Crítica da Constituição* (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017; GOMES, 2019), para a reconstrução crítica da autocompreensão normativa da Democracia Constitucional no Estado Democrático de Direito, num diálogo, especialmente, mas não apenas, com a *Teoria Discursiva do Direito e da Democracia*, de Jürgen Habermas.

1 - *A conexão constitutiva* entre Direito e Política na constituição do Estado Democrático de Direito: um diálogo com Arendt e com Habermas <sup>3</sup>

“Podemos, então, interpretar a ideia do Estado de Direito, genericamente, como a exigência de que o sistema administrativo, que é regido pelo código do poder, se vincule ao poder comunicativo de formação do Direito e se mantenha livre das interferências diretas do poder social, ou seja, da força factual que têm os interesses privilegiados de se imporem”. (HABERMAS, *Facticidade e Validade*)

Para Habermas, na primeira parte do capítulo IV, de *Facticidade e Validade*, intitulada “A conexão constitutiva entre Direito e Política” (HABERMAS, 1998, p. 200-218), o Direito se apresenta como um sistema de direitos, se o observamos do ponto de vista da sua função de estabilizar expectativas generalizadas de comportamento (HABERMAS, 1998, p. 200). Entretanto, esses direitos só podem ser garantidos por organizações que sejam capazes de tomar decisões coletivamente vinculantes. Por sua vez, tais decisões devem seu caráter coletivamente vinculante à forma jurídica de que se revestem.

---

<sup>1</sup> Para Menelick de Carvalho Netto, David Francisco Lopes Gomes e Theresa Calvet de Magalhães. Uma primeira versão deste texto encontra-se em CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e GOMES, David F. L. (orgs.). *1988-2018: O que Constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

<sup>2</sup> Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutor em Direito (UFMG). Pós-Doutorado em Teoria do Direito (Università di Roma III). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG.

<sup>3</sup> Uma versão deste texto encontra-se na obra ALVES; CATTONI DE OLIVEIRA; GOMES (2013, p. 99-109).

Todavia, Habermas adverte (1998, p. 201) que o poder político organizado não é somente um complemento funcionalmente necessário do sistema de direitos; o poder político estatal não assume a sua posição junto ao Direito a partir do *exterior*, mas, ao contrário, é pressuposto pelo Direito e se estabelece na forma jurídica. O poder político, assim, somente pode se desenvolver através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais (HABERMAS, 1998, p. 201).

Isso permitiu, por exemplo, ao constitucionalismo alemão do século XIX conceber o Estado de Direito a partir de uma conexão direta, em “curto-circuito”, entre direitos individuais e poder estatal, de tal modo que a própria ideia do Estado de Direito pressuporia, assim, a garantia da autonomia privada e a igualdade dos cidadãos. Todavia, para Habermas (1998, p. 202), do ponto de vista da Teoria do Discurso, como veremos a seguir, não é a forma jurídica como tal ou um conteúdo moral dado *a priori* que garante legitimidade a uma forma de dominação política.<sup>4</sup>

A ideia do Estado de Direito exige, ao contrário, que as decisões coletivamente vinculantes do poder estatal organizado, a que o Direito deve recorrer para o cumprimento de suas próprias funções, não apenas se revistam da forma jurídica, mas, por sua vez, se legitimem com base em leis legitimamente promulgadas. Num nível pós-convencional de justificação, somente podem ser legítimas aquelas leis passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os membros da comunidade jurídica, em um processo democrático de formação discursiva da opinião e da vontade comuns (HABERMAS, 1998, p. 202). O que também significa que essa aceitabilidade racional tem o efeito reverso de o exercício da autonomia política ser incorporado ao Estado, que a atividade legislativa se constitua, portanto, como um poder no Estado (HABERMAS, 1998, p. 202).

Assim, com a passagem à forma de associação vertical que representa o Estado, a prática de autodeterminação dos cidadãos é institucionalizada, quer seja como construção informal da opinião na esfera pública política, como participação política dentro e fora dos partidos ou como participação nos processos eleitorais, na deliberação e na tomada de decisão nas casas parlamentares, etc.

---

<sup>4</sup> Vale a pena comparar com o modo com que Habermas anteriormente concebia a relação entre Direito, Moral e Política, assim como a ideia do Estado de Direito, em meados dos anos 80, a partir de uma certa subordinação do Direito à Moral, em HABERMAS, Jürgen. *Derecho y Moral (Tanner Lectures 1986)* In HABERMAS, 1998, p.535-587, especialmente, p.571-587. Em *Facticidad y Validez*, Direito e Moral são co-originários e complementares, o princípio democrático – um princípio institucional - e o princípio moral – uma “norma de argumentação” - são compreendidos como formas distintas de aplicação do princípio do discurso, não bastando, pois, uma relação de não-contradição entre normas jurídicas e morais para a garantia da legitimidade do Direito. Sobre isso, ver HABERMAS, 1998, p. 169-184.

A soberania popular, assim, se entrelaça, mais uma vez, com o poder político organizado no Estado e o princípio segundo o qual o poder emana do povo se realiza mediante pressupostos e condições de comunicação e de procedimentos institucionalmente diferenciados de formação da opinião e da vontade comuns.

A soberania popular, nesses termos, não se deixa encarnar apenas em uma assembleia de cidadãos autônomos; ela se remete novamente às formas de comunicação desprovidas de sujeito que circulam através dos fóruns e organismos deliberativos. Somente nessa forma anônima, segundo Habermas (1998, p. 203), um poder comunicativo pode vincular o poder administrativo do aparato estatal à vontade dos cidadãos.

Se de um ponto de vista funcional, o poder, ao desempenhar a função própria de realizar fins coletivos, institucionaliza o Direito no Estado, e o Direito, ao estabilizar expectativas de comportamento, atua como meio de organização da dominação política (HABERMAS, 1998, p. 211), considera Habermas, entretanto, que uma análise funcionalmente restrita das relações entre os códigos do Direito e do poder poderia sugerir um quadro enganoso de intercâmbio equilibrado e autossuficiente entre Direito e poder político (HABERMAS, 1998, p. 212).

Todavia, a *secularização* do início da modernidade logo deixou claro que a forma jurídica como tal não é suficiente, como já afirmado, para legitimar o exercício da dominação política. Se por um lado o poder político somente garante a sua autoridade normativa ao se fundir ao Direito, por outro a força legitimadora do Direito só se mantém se ele operar como *fonte de justiça*:

“Precisamente como o poder político conserva os instrumentos de coerção aquartelados na reserva como uma fonte de poder-violência, o Direito também deve permanecer presente como uma fonte de justiça. Mas tal fonte seca rapidamente se o Direito torna-se disponível tão só para qualquer razão de Estado.” (HABERMAS, 1998, p. 212)

Na Europa dos séculos XVII e XVIII, quando o processo de positivação jurídica já se encontrava em curso, os teóricos do Direito Natural Racional se viram confrontados com aquele tipo de dominação descrita por Max Weber como “dominação legal” (WEBER, 1997, p. 173-180). A ideia do Estado de Direito, nesse contexto, tinha o sentido crítico, para esses teóricos, de revelar uma contradição no interior das próprias ordens jurídicas, pois as formas de dominação legal poderiam ocultar prerrogativas normativamente injustificadas

(HABERMAS, 1998, p. 212). Nesse caso, o Direito Natural Racional denunciava a contradição entre o Direito como forma de organização da dominação estatal que poderia se afirmar de fato e o Direito como condição de legitimidade de uma ordem de dominação que pudesse recorrer à autoridade de leis justificadas (HABERMAS, 1998, p. 213).

Como sabemos, nas sociedades pré-modernas, estabelecia-se uma conexão entre um Direito de fato estabelecido e um Direito de base religiosa e tradicional, pretensamente legítimo, que veio a se romper, justamente, com o processo de modernização social e cultural. Com a perda dessa base de legitimação tradicional e religiosa, o Direito Natural Racional assumirá, num primeiro momento, a tarefa de preencher esse vazio de legitimidade na “circulação entre poder instrumentalmente entendido e direito instrumentalizado” (HABERMAS, 1998, p. 213), advindos desse processo de modernização. Nas palavras de Habermas:

“Após o colapso do revestimento do Direito sagrado, deixando como ruínas as duas colunas do Direito politicamente editado e do poder instrumentalmente empregado, a razão, por si só, deveria prover um substituto para o Direito sagrado, que se autoriza a si mesmo – um substituto que devolveria autoridade ao legislador político figurado como o detentor ou titular do poder.” (HABERMAS, 1998, p. 214)

Todavia, o Direito Natural Racional, fundado tão-somente na razão, também se apresenta como um Direito suprapositivo e, assim, não é capaz de superar, segundo Habermas (1998, p. 214), a ideia de um antagonismo original entre Direito e poder.

Outra perspectiva se abre, entretanto, com o conceito de autonomia política, reconstruído no marco da Teoria do Discurso, a qual pode explicar porque para a geração de Direito legítimo devem ser mobilizadas as liberdades comunicativas dos cidadãos (Cf. HABERMAS, 1998, p. 214; GÜNTHER In ROSENFELD e ARATO, 1998, p. 234-254). Essa explicação pressupõe, segundo Habermas (1998, p. 214),<sup>5</sup> que a produção legislativa depende da geração de outro tipo de poder, o poder comunicativo que, como afirma Hannah Arendt (1958, p. 200; 1999, p. 93-156), ninguém é efetivamente capaz de “possuir”, pois “o poder surge entre os homens quando atuam em comum e desaparece tão logo se dispersam.” (ARENDR, 1958, p. 200) De acordo com esse modelo, Direito e poder comunicativo surgem

---

<sup>5</sup> Vale comparar com o modo com que anteriormente Habermas criticava Arendt em HABERMAS, 1975, p.205-222.

de modo cooriginário da “opinião com a qual muitos tenham publicamente acordado.” (ARENDR, 1965, p. 71) A leitura teórico-discursiva que se faz da autonomia política torna necessária, portanto, uma diferenciação no conceito de poder político. Segundo Habermas:

“Se não se devem secar as fontes de justiça de onde o próprio Direito retira a sua legitimidade, o poder administrativo estatal, constituído em termos jurídicos, deve, então, assentar-se em um poder comunicativo de elaboração legislativa.” (HABERMAS, 1998, p. 214)

Mas esse poder comunicativo, que para Habermas (1998, p. 214) é introduzido dogmaticamente por Arendt, necessita de maiores esclarecimentos.

Nesse sentido, para além de um exame que considere o uso público das liberdades comunicativas em *termos cognitivos*, como uso possibilitador da formação da opinião e da vontade racionais, em que o livre processar de temas e de contribuições, de razões e de informações relevantes, deve justificar a presunção de racionalidade para os resultados alcançados mediante um devido procedimento, é necessário, agora, considerar que as convicções discursivamente produzidas e intersubjetivamente compartilhadas possuem uma *força motivadora* (HABERMAS, 1998, p. 214). E ainda que permaneça limitado à força tênue e suavemente motivadora das boas razões, o uso público das liberdades comunicativas revela-se, nesse aspecto, como um gerador de “potenciais de poder” (Arendt). Segundo Habermas (1998, p.214), o modelo que representa os posicionamentos com um “sim” ou com um “não” frente às mais simples ofertas de atos de linguagem muito bem o ilustra:

“O reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada em um ato de linguagem produz, ou pelo menos reforça, *uma crença comum compartilhada* por falante e ouvinte, e essa crença importa na aceitação tácita de obrigações relevantes para a ação; nessa medida, ele cria um novo fato social. Pois bem, mediante a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos para a geração de Direito legítimo, as obrigações ilocucionárias desse tipo expandem-se e adensam-se em um potencial com que aqueles que ocupam posições de poder administrativo devem contar.” (HABERMAS, 1998, p.215)

Como bem chama a atenção Habermas (1998, p. 215), o problema fundamental do poder (*Macht, Power*) não é para Hannah Arendt,<sup>6</sup> como é para Max Weber, “a possibilidade de impor, numa relação social, a própria vontade contra vontades opostas” (WEBER, 1997, p. 43; p. 696), mas sim o potencial de uma *vontade* (ação) comum formada em uma comunicação isenta de coerção. Arendt (1999, p. 123-124) contrapõe *poder* (*Macht, Power*) à *violência* (*Gewalt, Violence*), quer dizer, o poder gerador de consenso de uma comunicação voltada para se alcançar o entendimento em contraposição à capacidade de se instrumentalizar a vontade dos outros em função dos próprios interesses.

Segundo Arendt, “o poder corresponde à capacidade não somente de agir, mas de agir de comum acordo.” (1999, p. 123) Assim, esse poder comunicativo somente pode se desenvolver em esferas públicas não deformadas, somente pode surgir das estruturas de intersubjetividade não danificadas de uma comunicação não distorcida.

O poder comunicativo somente surge ali onde a formação da vontade e da opinião comuns envolve a força produtiva de uma “maneira de pensar alargada” (KANT, 1993, § 40, B 158, p. 140-141), dada pela liberdade comunicativa irrestrita que cada um tem “para fazer um uso público da sua razão em todos os elementos” (KANT, 1995, A 484, p. 13).

E essa abertura ou alargamento do pensar é, pois, alcançada pelo “fato de que a gente além seu juízo a juízos não tanto efetivos quanto, antes, meramente possíveis de outros e transpõe-se ao lugar de qualquer outro, na medida em que simplesmente abstrai das limitações que acidentalmente aderem ao nosso próprio ajuizamento” (KANT, 1993, § 40, B 157, p. 140) ou quando uma pessoa “não se importa com as condições privadas subjetivas do juízo, dentro das quais tantos outros estão como que postos entre parênteses, e reflete sobre o seu juízo desde um *ponto de vista universal* (que ele somente pode determinar enquanto se imagina no ponto de vista dos outros)” (KANT, 1993, § 40, B 159, p.141)<sup>7</sup>.

Nesse sentido, Arendt recorre, em suas *Lições sobre a Filosofia Política de Kant* (1993, p. 52-60), à *Crítica da Faculdade do Juízo* kantiana (§40, B 158) para mostrar como se dá a conexão interna entre poder, liberdade comunicativa, discurso e imparcialidade.

---

<sup>6</sup> Sobre a distinção entre *poder* e *violência* em Arendt, ver também CALVET DE MAGALHÃES, 1985/86, p.188-189; CALVET DE MAGALHÃES, 2006. Disponível em <http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/A%E7%E3o%20Linguagem%20e%20Poder%20-%20Uma%20releitura%20do%20cap%EDtulo%20V%20%5BAction%5D.pdf>; ADEODATO, 1989, p. 172-174; e DUARTE, 2000, p.238-247.

<sup>7</sup> Nas suas *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*, 1993, p. 56, Arendt comenta que “o ‘alargamento do espírito’ assume um papel crucial na *Crítica do juízo*. Ele é alcançado ‘mais por meio da comparação de nosso juízo com os juízos possíveis, do que [da comparação] com os juízos reais dos outros, e colocando-nos no lugar de qualquer outro homem’”.

Segundo Habermas:

“Hannah Arendt não concebe o poder político como um potencial para a afirmação dos interesses particulares de alguém ou de realização de finalidades coletivas, nem como o poder administrativo de tomada de decisões coletivamente vinculantes, mas como uma força de *autorização* que se expressa na criação do Direito legítimo e na fundação das instituições. Ele se manifesta em ordens jurídicas que protegem a liberdade política; na resistência contra as forças de repressão que ameaçam interna e externamente a liberdade política; e, sobretudo, nos atos de fundação da liberdade que ‘criam novas instituições e leis’. Ele emerge em sua forma mais pura naqueles momentos em que os revolucionários assumem o poder deitando-se nas ruas; quando uma população comprometida com a resistência pacífica resiste aos tanques estrangeiros de mãos nuas; quando minorias convencidas de seus direitos questionam a legitimidade das leis vigentes e se engajam na desobediência civil<sup>8</sup>; quando o ‘puro prazer de atuar’ emerge nos movimentos de protesto. Recorrentemente, é o mesmo fenômeno que se revela, *a íntima relação de parentesco da ação comunicativa com a geração do Direito legítimo*, que Hannah Arendt persegue nos distintos eventos históricos e cujo paradigma ela encontra no poder constituinte de fundação da Revolução Norte-Americana.” (HABERMAS, 1998, p. 216)

Assim, diferentemente das construções do Direito Natural Racional, nos mostra Habermas (1998, p. 216)<sup>9</sup> que o contraste conceitual fundamental efetuado por Hannah Arendt entre *poder* e *violência* coloca o poder político ao lado do Direito.

Para a tradição do *Jusracionalismo*, segundo Habermas (1998, p. 216), a transição do estado de natureza para o estado civil se caracterizaria pela renúncia das partes

---

<sup>8</sup> Sobre a desobediência civil em Habermas e também em Arendt, ver SALCEDO REPOLÊS (2003). Disponível em [http://www.academia.edu/7624125/Habermas\\_e\\_a\\_Desobedi%C3%Aancia\\_Civil\\_Livro](http://www.academia.edu/7624125/Habermas_e_a_Desobedi%C3%Aancia_Civil_Livro).

<sup>9</sup> Comparar com HABERMAS, 1975, p. 222, em que Habermas afirmava que “Para assegurar o núcleo normativo da originária equivalência entre poder e liberdade Hannah Arendt acaba fiando-se mais na venerável figura do contrato que em seu próprio conceito de práxis comunicativa. Com o que retrocede assim à tradição do direito natural”. Cabe dizer que essa crítica habermasiana não parece mais subsistir, primeiro porque Habermas reconhece expressamente que a proposta de Arendt é diferente da construção do *Jusracionalismo*, e, segundo, diferente porque a força motivadora das promessas mútuas subjacentes a um uso público da razão passa a ser compreendida como a expressão, por exemplo, do próprio sentido performativo do ato de fundação ou autoconstituição de uma nova sociedade política, bem como de sua renovação permanente (Cf. também HABERMAS, 2001, p. 766-781). Assim, como afirmado abaixo, para Habermas, na concepção arendtiana o Direito se vincula de *per se* com um poder comunicativo que engendra o Direito legítimo.

no contrato social de suas liberdades naturais, baseadas na força física de cada indivíduo, para uma autoridade estatal que, assim, reuniria os potenciais de violência dispersos e os utilizaria para disciplinar, mediante leis, as liberdades subjetivas, construção essa que, nas palavras de Habermas, faz com que o Direito que emerge daquela renúncia à violência sirva para “a canalização de uma violência que assim é conceitualmente equiparada ao poder político” (HABERMAS, 1998, p. 216). Diferentemente, a distinção efetuada por Arendt entre poder e violência subverte essa contraposição. Isso porque na concepção arendtiana o Direito se vincula de *per si* com um poder comunicativo que engendra o Direito legítimo.

Tal vinculação entre Direito e poder comunicativo torna desnecessária a tarefa clássica de encontrar um substituto para as já esgotadas fontes de justiça que representava um Direito Natural que se autolegitima, um substituto que pudesse suprir a violência meramente factual da autoridade da roupagem do poder legítimo.<sup>10</sup> Segundo Habermas:

“Hannah Arendt, ao invés, deve explicar como cidadãos unidos tornam o Direito legítimo através da formação do poder comunicativo, bem como juridicamente asseguram esta prática, ou seja, o exercício de sua autonomia política. O parentesco conceitual dos processos de elaboração do Direito e de formação do poder político novamente torna claro, em retrospectiva, porque o sistema de direitos em resposta a essa questão deve aparecer imediatamente **como** Direito positivo, e não pode pretender por si só qualquer validade moral *a priori* em relação à formação de vontade dos cidadãos ou fundada no Direito Natural.” HABERMAS, 1998, p. 216)

Todavia, Habermas (1998, p. 216-217) adverte que com o conceito de poder comunicativo somente apreendemos o surgimento ou a emergência do poder político e não o uso administrativo do poder já constituído. O conceito de poder comunicativo, também, não explica a disputa por cargos e posições que autorizam o uso do poder administrativo.

Segundo Habermas (1998, p. 217), Arendt chama atenção que o uso do poder político depende da formação e da renovação comunicativas desse poder; contra as teorias

---

<sup>10</sup> Sobre esse ponto, vale conferir a reconstrução genial acerca de uma suposta necessidade de se encontrar um novo absoluto na política, que fosse capaz de legitimar a ruptura com as formas de dominação tradicional e o estabelecimento de uma *Novus Ordo Saeclorum*, “necessidade” ou “problema de legitimação” que emergiu no curso das Grandes Revoluções do século XVIII, assim como o fantástico contraponto entre a pseudo-solução francesa do poder constituinte, que equiparava poder e violência, no sentido da tradição do Jusracionalismo, e a práxis de auto-constituição norte-americana, que vincula o poder político e geração legítima do Direito, ver ARENDT, 1990, p.144-171, especialmente, p.145-148; p.157; p.164.



sociológicas que se restringem aos fenômenos de repartição e disputa pelo poder, Arendt afirma que nenhuma forma de dominação política detém as fontes de seu poder a seu dispor. O poder comunicativo é escasso e aqueles que o disputam e pretendem manejá-lo não são capazes de produzi-lo. Afinal, para Arendt, é o potencial de poder de um corpo político que o mantém unido. O poder não pode ser armazenado para ser utilizado numa emergência, como é o caso dos instrumentos de violência, pois tal potencial de poder só existe quando se realiza na ação. Nas palavras de Arendt:

“O poder só é *atualizado* ali onde as palavras e os atos não se dissociaram, onde os dizeres não são vazios e os atos não são brutais, onde os dizeres não são usados para velar intenções, mas para revelar realidades, e os atos não são usados para violar ou destruir, mas para estabelecer relações e criar novas realidades. O poder é o que conserva existente a esfera pública, o potencial espaço de aparecimento entre os homens que agem e falam”. (ARENDR, 1958, p. 200)

Entretanto, segundo Habermas (1998, p. 217), por mais que a concordância entre palavras e atos possa ser o critério de avaliação da legitimidade de um regime, isso ainda não explica o outro estado no qual o poder comunicativo deve ser transformado antes de poder assumir, sob a forma de poder administrativo, as funções sancionatórias, organizativas e executivas que o sistema de direitos pressupõe e das quais depende. Pois embora o conceito de poder comunicativo, como vimos, introduza uma distinção necessária no conceito de poder político, a política como um todo não pode coincidir com a práxis daqueles que dialogam entre si no sentido de atuar em concerto de uma maneira politicamente autônoma. Segundo Habermas:

“O exercício da autonomia política significa a formação discursiva de uma vontade comum, não a implementação das leis daí decorrentes. Com toda a razão, pois, o conceito do político *também* inclui o uso do poder administrativo no sistema político, bem como a competição para o acesso a esse sistema.” (HABERMAS, 1998, p. 217)

A constituição do código do poder significa, em outras palavras, que um sistema administrativo é organizado juridicamente mediante a estruturação de âmbitos de competência que autorizam a tomada de decisões coletivamente vinculantes (HABERMAS,

1998, p. 217). Por isso o Direito é, no entender de Habermas, “o *meio* através do qual o poder comunicativo se transforma em administrativo” (HABERMAS, 1998, p. 217). Essa transformação ou tradução de poder comunicativo em administrativo tem, justamente, o sentido daquela atribuição legal de competência ou de outorga de poder, no interior do sistema administrativo.

E, por fim, ao considerar nesses termos o papel do Direito como meio de transformação ou tradução do poder comunicativo em administrativo, qual seria, para Habermas, o modo adequado, à Teoria do Discurso, de compreensão da ideia do Estado de Direito? Segundo ele:

“Podemos, então, interpretar a ideia do Estado de Direito, genericamente, como a exigência de que o sistema administrativo, que é regido pelo código do poder, se vincule ao poder comunicativo de formação do Direito e se mantenha livre das interferências diretas do poder social, ou seja, da força factual que têm os interesses privilegiados de se imporem. O poder administrativo não deve reproduzir a si mesmo, mas tão só é a ele permitido se regenerar a partir da transformação do poder comunicativo. Em última análise, essa transferência é o que o Estado de Direito deve regular, todavia mantendo intacto o código do poder e assim a autorregulação do sistema administrativo. O que em termos sociológicos, pois, significa que a ideia do Estado de Direito não faz senão esclarecer o aspecto político do estabelecimento de um equilíbrio entre as três forças de integração [da sociedade]<sup>11</sup>: o dinheiro, o poder administrativo e a solidariedade.” (HABERMAS, 1998, p. 218)

2 - Democracia constitucional: um paradoxo? Um diálogo, ainda que breve, com Luhmann, Habermas e Derrida.<sup>12</sup>

O que é democracia? Nas tradições da teoria política, democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela *maioria*? Todavia, mesmo onde uma

---

<sup>11</sup> “Integração da sociedade” e não “integração social” é a tradução que me foi atenciosamente sugerida por Marcelo Neves, exatamente porque nesse ponto Habermas faz referência tanto às fontes de integração sistêmica (dinheiro e poder administrativo) quanto à da integração social (solidariedade).

<sup>12</sup> Trechos desse texto encontram-se inicialmente publicados em inglês no *paper* apresentado ao *Special Workshop Derrida and Law*, no *XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy – IVR*, Belo Horizonte, UFMG, 21 a 26 de julho de 2013, e na obra CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e GOMES, David. *Constitucionalismo e Dilemas da Justiça*. Belo Horizonte: *Initia Via*, 2014.

*maioria* governa, a *minoria* 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 quereria 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 pessoa? 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 que ou por que 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, *identifica-se com*, a própria soberania nacional que se *re-presenta*? E de tudo isso resulta que certas instituições, como a constituição, que assegura direitos às minorias, seriam, *por consequência*, ingovernáveis e antidemocráticas, por serem, justamente, contramajoritárias?

Afinal, uma democracia constitucional não seria, assim, *uma união paradoxal de princípios contraditórios* (para perguntar com Habermas, 2005), 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 política 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 contramajoritários? Afinal, o que é democracia? *Governo da maioria*? Política 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, *desconstruir* as relações/distinções dinâmicas, não contemporâneas a si, a *différance*, portanto, para usar os termos derridianos (Cf. Ramond, 2001, p. 20-23; p. 25-28), entre direito e política, entre política e democracia?

Para refletir sobre isso, proponho um diálogo, ainda que breve, com Luhmann, com Habermas e, sobretudo, com Derrida.

A inovação semântica do conceito de constituição moderna é acompanhada e acompanha, ao longo do processo de modernização social do direito, o que se poderia chamar de deslocamento temporal acerca da questão do fundamento de validade do direito, do passado para o futuro. Da constituição medieval, mista, como conjunto de tradições jurídicas que se conformam à identidade cultural de uma sociedade política, no sentido da recuperação da chamada constituição material, à constituição moderna como “estatuto jurídico do político” e, adiante também, como “medida material da sociedade”, no sentido de Konrad Hesse. Mas como a constituição moderna passa a articular memória e projeto, entrevedo suas relações com o tempo?

Bernard Bailyn, historiador da revolução norte-americana, em *The Ideological Origins of the American Revolution* (2012), procura mostrar como no curso dos debates entre os antigos colonos da América do Norte e o Parlamento britânico, às vésperas da ruptura com a Inglaterra, uma distinção *inventar-se*, entre um direito constitucional e um direito inconstitucional, por meio da introdução de uma assimetria, por um lado, entre um direito superior no próprio interior do direito e, por outro, o demais direito que àquele direito superior deve submeter-se, sob pena de invalidade/ilegitimidade. As leis coloniais do Parlamento são, da perspectiva dos colonos norte-americanos, inconstitucionais, porque violam o princípio constitucional inglês do *no taxation without representation*. Um princípio do *common law* que, em última análise, diga-se de passagem, havia levado, ao longo do século XVII, como bem nos mostra Maurizio Fioravanti em *Costituzione* (1999), à justificação jurisprudencial da supremacia da lei do Rei no Parlamento, do *King in Parliament*.

Do lado norte-americano do Atlântico essa distinção ali inventada entre um direito que é constitucional e um direito que não é direito porque é inconstitucional possibilita, pois, com o processo de independência, reconhecer, por um lado, na constituição do federalismo, como nos lembra Hannah Arendt em *On Revolution* (1963), a base institucional de uma nova sociedade política e, por outro, o caráter de supremacia de uma lei que é expressão de uma promessa mútua e fundação de uma nova república, em outras palavras, a supremacia dessa constituição em face do legislativo, ao mesmo tempo que se cria jurisprudencialmente - e de forma tensa *com, nessa e dessa* constituição do federalismo - um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do

executivo, da administração, como desdobramento e confirmação *a posteriori* do ato de fundação, portanto, que essa constituição mesma expressa.

Do lado francês do Atlântico a distinção entre poder constituinte e poder constituído também procura lidar com o problema da ausência de um fundamento absoluto, de uma tradição que se perdeu. O Terceiro Estado não é nem constituído nem inconstitucional, é constituinte, como diz Emmanuel Sieyès. Sua soberania nacional consiste em instaurar uma nova distinção acima de toda distinção. Um poder constituinte que expressa ao mesmo tempo, como diria Luhmann, um direito e um poder paradoxalmente ilimitados de autolimitar-se.

Esse deslocamento temporal do direito do passado para o futuro é *observado* em Luhmann (1996; 2012) como inerente à própria positivação do direito: a constituição é uma aquisição evolutiva, uma estrutura, um acoplamento estrutural, que possibilita a) prestações recíprocas entre direito e política enquanto sistemas funcionalmente diferenciados, b) e, assim, diferenciar tanto uma *política que é direito* de uma *política que não é direito* ou um *direito que é constitucional* de um *direito não ou mesmo inconstitucional*, paradoxalmente reduzindo e mantendo complexidade e c) deslocar a questão da validade para o futuro na medida que qualquer norma jurídica estaria em princípio passível de um controle *a posteriori* de constitucionalidade. O que em outras palavras significaria dizer que o fundamento de validade do direito desloca-se para o futuro, para a possibilidade de sua validação *a posteriori*, em função da positivação ou da recorrência das operações do sistema. Algo que, de certa forma, já estava presente na teoria kelseniana da revolução e do poder constituinte: em Kelsen (2009), somente se pode *retrospectivamente*, ou seja, *futuramente*, falar da validade do sistema jurídico, uma vez que somente no futuro se pode constatar a condição para se pressupor a validade do sistema, para se pressupor a norma fundamental: a condição de eficácia geral.

Esse deslocamento temporal do direito, do passado para o futuro, é *reconstruído* em Habermas (2005; 2013) como a abertura da constituição para o futuro. Em seu debate com Frank Michelman sobre o problema do fundamento, ao mesmo tempo jurídico e político, da democracia constitucional, que se remete à própria plausibilidade do ponto de vista histórico da tese da relação interna entre Estado de direito e democracia, Habermas sustenta a posição segundo a qual se deve interpretar a busca por um momento constituinte e do próprio risco nessa busca de um *regresso ao infinito* como sendo a exigência de compreensão do caráter de abertura ao futuro das constituições democráticas, e não a busca

de um ponto de fechamento no passado, de uma espécie de *fiat* jurídico ou político. Ou seja, de que elas, as constituições democráticas, podem ser interpretadas como um processo político e social de aprendizagem de longo prazo, no curso do tempo histórico, sujeito a tropeços, mas capaz de corrigir a si mesmo. O que em última análise relativiza as distinções entre poder constituinte e poder constituído, uma vez que no exercício da sua autonomia pública, ao longo do tempo, os próprios cidadãos podem rever as condições materiais justas de garantia do exercício da sua autonomia privada sem, contudo, dela poder dispor, porque condição da própria autonomia pública.

Esse deslocamento temporal do direito do passado para o futuro é *desconstruído* em Derrida (2005) como a caracterização da fundação como promessa. E promessa irrealizável na medida em que paradoxalmente o direito jamais coincidirá plenamente com a justiça e, com isso, a justiça será sempre a possibilidade de desconstrução de sua própria distinção, distância, *diferença*, com o direito.

Todavia, com a concepção de *por vir* em Derrida radicaliza-se uma nova perspectiva sobre a relação entre direito e tempo, que bem pode ser explorada no sentido das preocupações centrais de um autor como Marramao (2005) em seu diálogo crítico com a distinção em Koselleck entre campo de experiência e horizonte expectativa: a questão da hipertrofia moderna do futuro à custa da redução do passado e da perda do presente – a chamada *síndrome da pressa*. Derrida, como sabemos, fala em *por-vir (avenir)* – abertura - e não em *futuro (futur)* - fechamento.

Pois se Luhmann ainda guarda a preocupação de uma descrição sociológica do direito como dever-ser - entenda-se, da norma como expectativa generalizada de comportamento, como programa condicional -, de um dever-ser que desloca o devido do passado ao dever do futuro, ainda que se admita a sua contingência.

E em Habermas se resgata, ainda que numa visão pós-hegeliana, mas não necessariamente anti-hegeliana, um devir do direito, ainda que admita a sua abertura à contingência.

Em Derrida já se pode falar, da perspectiva da justiça como desconstrução ou possibilidade permanente de desconstrução, numa justiça *por vir*, no seu caráter hiperbólico, *extravazador* e insaturável.

Mas também, e *para além dele*, Derrida, no que seria um *constitucionalismo por vir*. Um constitucionalismo cujo *fundamento ausente* não está simplesmente deslocado do passado para o futuro, mas aberto ao *por vir*, sem condições. Um constitucionalismo *out of*

*joint*, cuja legitimidade jamais se fecha, guarda contemporaneidade ou coincide a si, como presença a si: uma *ausência*, não uma *falta*, e que se abre ao “outro da justiça”, da justiça como possibilidade permanente de desconstrução. Como afirmei na obra *Constitucionalismo e História do Direito* (2011),

“O constitucionalismo democrático não possui necessariamente uma legitimidade vivida como *falta* de um fundamento último, como uma espécie de nostalgia desse fundamento, como dor e obsessão da perda de fundamento último, *soberano*, enfim, como se um fundamento último *fizesse falta* ao constitucionalismo democrático. O fundamento último e soberano não faz falta. Ao contrário, o constitucionalismo democrático lança-se, pois, *aqui e agora*, a um *por-vir*, a um *futuro-em-aberto*, como projeto falível, mas no sentido de que o *presente* pode ser o *futuro* de um *passado* que agora é *redimido* pelo agir político-jurídico, constitucional, *que o constitui*. Essa abertura remete à própria questão da legitimidade vivida como *vazio*, *não mais passível de ser preenchido*, e como *ausência assimilada* – e não como *falta – de fundamento último*, ao processo jurídico-político de construção da legitimidade por meio da realização no tempo histórico da relação interna entre as noções de autogoverno e de iguais direitos individuais de liberdade, concretizadores de uma noção complexa de autonomia”. (Cattoni de Oliveira, 2011, p. 234-235)

Numa chave de leitura *com e além de Derrida*, que busca recepcionar parte das críticas de Rancière (2012) a Derrida, eu diria que, no marco do que poderia ser considerado um *constitucionalismo por vir*, em que direito jamais se identifica totalmente com as exigências principiológicas do constitucionalismo, a constituição democrática seria não apenas a própria expressão da *diferença (différance)* entre constitucionalismo e direito, mas também entre direito e política, por um lado, e política e democracia por outro... Isso porque na constituição democrática, do ponto de vista de um constitucionalismo *por vir*, em que o constitucionalismo jamais se deixa reduzir ao direito, direito e política, por um lado, e política e democracia, por outro, estão implicados ao mesmo tempo em que se diferenciam entre si.

Tal compreensão tem, portanto, implicações para a compreensão da democracia constitucional: pois se essa *diferença* é vivida como uma tensão permanente, a identidade do “constitutional subject” (Rosenfeld, 2010) - nos três sentidos de *subject*, ou seja, sujeito,



assujeitado ou destinatário e matéria - jamais se fecharia: é uma identidade não idêntica a si, não presente a si – como processo de aprendizado e construção social de longo prazo, com o direito e a política, ela, a democracia constitucional, é sempre *por vir*.

### 3 - A democracia constitucional no Estado Democrático de Direito<sup>13</sup>

“*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. (Art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil)

Na teoria clássica das formas de governo, a democracia configura, pelo menos até Alexis de Tocqueville, como o governo de *muitos*, o governo da *maioria* ou mesmo o governo dos *pobres*, invariavelmente julgada de forma negativa. A autodeterminação dos cidadãos em igualdade de direitos políticos perante a lei era representada pelo arquétipo da *politeia* grega ou da República romana, em contraposição à monarquia, à tirania, ao despotismo ou a outras formas de governo, quer aristocráticas, quer oligárquicas, fundadas na restrição de direitos políticos, ou seja, ao governo de *um* e ao governo de *poucos*.

Mesmo em Aristóteles, que irá considerar em sua classificação uma dimensão teleológica referida ao bem-comum, a democracia era, nestes termos, criticada pela tradição da filosofia política como uma forma de governo facciosa, parcial e, mesmo entre os modernos, essa visão negativa ainda se encontra presente, como em Madison, quando afirma que a Constituição, fundada na igualdade de cidadania perante a lei, era a republicana e não a democrática.

Ou, se em sentido positivo, como em Robespierre, que passa a usar o termo democracia em substituição à república, na época do terror, a democracia é vista como governo dos *sans-culottes*, e, de forma facciosa, centralizada no *Comitê de Saúde Pública*, que exercerá, mais do que uma *ditadura comissionária*, uma ditadura revolucionária, *soberana*, para referir-se aqui à distinção proposta por Schmitt. E se, anteriormente a Robespierre, Rousseau pudesse ser um candidato à exceção, apresentando um juízo positivo

---

<sup>13</sup> Uma primeira versão deste texto encontra-se em CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. Comentário ao Art. 1º, parágrafo único. In CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 137-140.

quanto à democracia, cabe recordar que a adoção da democracia na idade moderna pressuporia, para esse autor, Estados com pouca extensão territorial, como Genebra, não sendo, por isso, passível de ser adotada em qualquer lugar.

Já Sieyes, na sua defesa do governo representativo, à época da redação da Constituição francesa de 1791, situa-se na tradição liberal para defender o voto censitário, em resposta aos jacobinos, e a impossibilidade, numa sociedade sem escravos, de exercício do poder político por todos os indivíduos, em igualdades de direitos, em razão da necessidade de satisfação prévia dos interesses privados, a fim de que se pudesse ser capaz de divisar o interesse público.

Tocqueville, referindo-se à democracia norte-americana, é quem irá, com sentido moderno e positivo, usar o termo para chamar a atenção para a possibilidade, contudo, na América, de uma democracia em grande extensão territorial, posto que fundada no federalismo e no associativismo. Mas *na América*, cabe chamar atenção, em razão exatamente do pluralismo associativo e de corpos intermediários capazes de sustentarem o regime, algo que inexistiria na Europa.

Sobre o pano de fundo da *republicanização* das monarquias europeias em razão da sua progressiva transição ao parlamentarismo e da adoção do direito universal de voto, e da queda das últimas *monarquias resistentes* (Jellinek), Alemanha, mas também Áustria e Rússia, na passagem do século XIX ao XX, à república, Kelsen irá propor uma nova classificação que passasse a considerar a maior ou menor participação dos destinatários na formação das decisões jurídico-políticas, adotando, assim, a distinção entre democracia e autocracia: democracia é justamente aquela forma de governo em que os destinatários participam do processo de produção das normas. Como chama atenção Kelsen, o critério numérico tradicional de classificação das formas de governo, agora seria inútil para se analisar as repúblicas e as monarquias parlamentares, pois encobria exatamente essa maior ou menor participação, impossibilitando diferenciar formas democráticas e autocráticas de governo.

No período entre guerras, a polêmica entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição democrática pode bem ilustrar tais mudanças: há uma divergência profunda quanto às concepções de Constituição e de democracia em Schmitt e em Kelsen. Pois para Schmitt, a Constituição é a decisão política sobre a unidade e a forma de existência do Estado e para Kelsen são as normas que regulam formal e materialmente as competências e o

processo de produção válida das demais normas do ordenamento. Enquanto para Schmitt somente um presidente forte encarnaria essa unidade do Estado, decidindo sobre o estado ou situação de exceção, realizando, assim, o ideal da democracia como identidade entre governantes e governados, para Kelsen democracia é a forma de governo que em contraposição à autocracia garante a participação dos destinatários das normas, por meio do exercício de direitos políticos, no processo de produção dessas normas. Assim, a defesa da jurisdição constitucional em Kelsen remete-se à defesa do federalismo como forma de Estado e ao parlamentarismo e à democracia pluralista e de partidos como sistema de governo e forma de governo, enquanto em Schmitt remete-se a uma visão autoritária da democracia moderna.

O pós-guerra irá por um lado agudizar e por outro tratar, *após* Kelsen e *além* de Schmitt, muito dessas questões, no sentido de uma democracia não apenas política, mas também social, que, para citar Bobbio, não basta apenas saber *quem* e *como* decide, mas *onde* decide, nas empresas, nos sindicatos, nas associações, etc., pressupondo-se não apenas uma igualdade formal, mas material, de oportunidades de efetivo exercício de direitos. Daí a preocupação com a democracia participativa e com a aproximação entre representantes e representados, via redefinição da representação política e do uso mais adequado e cuidadoso de mecanismos de democracia direta, como o plebiscito e o referendo que, por si sós, podem ser meros instrumentos autoritários de legitimação, se não se garantirem a formação pública da opinião e da vontade na esfera pública e a garantia dos direitos das minorias sociais e políticas. E democracia é hoje, sobretudo, *poliarquia* (Dahl), para uma sociedade plural e descentrada, preocupada com a garantia, as condições e a institucionalização do exercício dos direitos fundamentais, individuais, sociais, coletivos e difusos.

Hoje, o desafio da democracia pressupõe considerar uma sociedade hipermoderna que se caracteriza por uma crescente diferenciação entre os vários subsistemas sociais e por uma acentuada autonomização de antigas esferas normativas, tais como as da moralidade, da eticidade e da religião, no plano global-local (Marramao). À diferenciação sistêmica, à autonomização de esferas normativas e à perda de um centro acrescenta-se o fato de essa concepção de sociedade reconhecer o *fato do pluralismo razoável* (Rawls) de formas de vida e de visões de mundo não fundamentalistas, que estão em desacordo entre si, mas que podem ser vistas como igualmente razoáveis e assim pretenderem concorrentemente o reconhecimento de sua dignidade. A democracia implica hoje a realização na história, enquanto processo de permanente aprendizado social, do projeto constitucional do Estado

Democrático de Direito, fundado na relação interna entre autonomia pública e autonomia privada, em que uma soberania popular, vista agora como reflexiva e processualizada, ao mesmo tempo constitui e é constituída por direitos fundamentais principiologicamente considerados (Habermas) e, portanto, abertos à *interpretação construtiva* e ao desenvolvimento político-legislativo (Dworkin). Hoje, o princípio da democracia envolve o reconhecimento de uma noção mais ampla de esfera pública política que não se reduz aos fóruns oficiais do Estado, assim como de uma renovada concepção de sociedade civil que, diferentemente do velho conceito hegeliano-marxista de *sistema das necessidades*, é formada por grupos, movimentos, associações e organizações sociais que se diferenciam tanto da esfera governamental, quanto do mercado, e que visam à dramatização e generalização de temas e problemas que dizem publicamente respeito aos diversos âmbitos da sociedade (Arato), por meio de formas argumentativas ou de narrativas de autoexpressão (Marramao). Democracia hoje é, portanto, *Democracia Constitucional*.

O *princípio da democracia constitucional* garante-se, entre outros: a) pelo reconhecimento do direito fundamental de dizer *não*, pela oposição, pela crítica, pelo protesto e mesmo pela desobediência civil; pelo respeito aos direitos políticos das minorias como parte da dinâmica democrática; b) por meio das diversas formas de participação e de sufrágio, do direito de associação, do direito de assembleia e de reunião pacíficas, do direito à livre filiação partidária e sindical, assim como do direito de representação política dos vários pontos de vista políticos presentes na sociedade, nos processos legislativos de produção das leis e das demais decisões jurídico-políticas, no âmbito da Administração Pública e mesmo do Poder Judiciário; c) pelo devido processo eleitoral e pelos mecanismos participativos e representativos de fiscalização do governo, inclusive de acordo com os específicos termos de cada sistema de governo, presidencialista, parlamentarista ou de diretório, etc.; d) pelo controle de constitucionalidade e de legalidade das decisões jurídico-políticas; e) por meio de direitos processuais de participação nas diversas deliberações coletivas e sociais; f) pelo reconhecimento das identidades individuais, coletivas, sociais e culturais; g) por ações afirmativas e por programas sociais que visam à inclusão social, econômica e cultural.

Todavia, não basta uma política de tolerância e reconhecimento das diferentes identidades individuais, coletivas e das diversas minorias sociais, econômicas e culturais para se caracterizar uma democracia constitucional. Afinal, não se contribui *paternalisticamente* para a emancipação social, econômica, cultural e política de cidadãos que não puderem reconhecer como conquista histórica sua a construção permanente do Estado Democrático de

Direito. As políticas de redistribuição social e econômica não podem ser vistas como o mero desdobramento de políticas de reconhecimento ou de concessão de medidas de bem-estar social, mas como fruto de um processo de luta por reconhecimento (Honneth) da sua dignidade e pela efetividade de seus direitos fundamentais por parte da cidadania. Afinal, só se aprofundam as condições materiais e formais para o exercício de direitos de liberdade e igualdade em um processo de construção, ao longo do tempo, de uma cidadania ativa que aprende por si própria com a democracia.

Como forma de garantia da democracia constitucional e dos direitos fundamentais que a constituem, o Estado Democrático de Direito deve combater todas as formas de violência física e/ou psicológica, social, econômica e mesmo estatal, de intolerância, de terrorismo, de preconceito e de discriminação social, econômica, religiosa, de gênero, racial, de cor, de procedência, de orientação sexual, de idade, entre outras, como garantia do princípio democrático. Deve, portanto, garantir a segurança pública e a seguridade social, todavia de forma não paternalista.

Assim sendo, o Estado não pode cercear as liberdades públicas e privadas, nem calar os adversários e dissidentes políticos que, no exercício de seu direito constitucional de oposição ou mesmo de seu direito fundamental à desobediência civil, não apenas poderão divergir, mas se opor pacificamente, por meio de manifestações coletivas, públicas e de gestos simbólicos, às decisões majoritárias, em nome do aprofundamento e prosseguimento dos debates públicos, do respeito aos direitos fundamentais e do próprio regime democrático-constitucional, em face da inércia, da blindagem ou do bloqueio dos poderes estatais e das organizações sociais e econômicas.

A democracia envolve conflito, questionamento e diálogo, as oposições, os adversários e dissidentes políticos e os desobedientes civis não podem ser confundidos com criminosos políticos e com inimigos da Constituição que, como os fascismos, de forma violenta, intolerante, fundamentalista e subversiva atentarem contra o regime democrático-constitucional.

Mas mesmo a diferença entre dissidência política e inimigos da Constituição não pode, contudo, ser *naturalizada*, e mesmo aqueles que forem acusados de práticas atentatórias ao regime democrático possuem o direito fundamental ao devido processo legal, à presunção de inocência, ao contraditório, à ampla defesa, a julgamentos públicos e à fundamentação correta e adequada das decisões, a fim de que o Estado Democrático de

Direito seja capaz de lidar com o risco sempre presente de desrespeito à democracia em nome de uma suposta defesa da democracia (Habermas). Assim, a velha doutrina da ordem e da segurança nacional ou um *direito penal do inimigo* (Jakobs) são sempre violações ao constitucionalismo democrático, ao princípio constitucional do pluralismo político e ao direito constitucional à diferença, próprios de um Estado Democrático de Direito que se opõe crítica e decididamente a práticas sociais, econômicas e políticas pré-constitucionais atentatórias à construção de uma identidade constitucional, democrática, aberta, plural, dinâmica e inclusiva (Rosenfeld).

Se todo poder emana do povo que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (Cf. Art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Brasileira), o princípio da democracia constitucional envolve a defesa de um patriotismo constitucional que visa compreender a própria Constituição do Estado Democrático de Direito como processo de aprendizagem social por parte do *povo* como instância política plural, contra toda a velha teologia política do macrossujeito povo como nação soberana, una e indivisível ou do povo como mero ícone ou instância de legitimação (Müller).

A noção de patriotismo constitucional diz respeito, portanto, à própria construção, ao longo do tempo, de uma identidade constitucional plural, advinda de um processo democrático constituído internamente por princípios universalistas, cujas pretensões de validade vão além de contextos socioculturais específicos. Em outras palavras, trata-se de uma adesão racionalmente justificável, e não somente emotiva, por parte dos cidadãos, às instituições político-constitucionais – mais do que um sentimento constitucional, uma lealdade política ativa e consciente à Constituição democrática. Isso significa dizer que a defesa do patriotismo constitucional não se identifica com uma tradição cultural meramente herdada, típica dos nacionalismos, mas com tradições refletidas criticamente – à luz dos direitos fundamentais e da democracia.

E nesse sentido é que se deve entender, inclusive, que a questão acerca da legitimidade democrática das instituições políticas modernas só pode ser compreendida como a própria construção e projeção a um futuro aberto ou porvir dessa legitimidade. Isso envolve a construção de uma cultura política pluralista com base na Constituição democrática, de uma República de cidadãos livres e iguais, como expressão de uma forma de integração social, que se dá, portanto, através da construção dessa identidade política pluralista e aberta, que pode ser sustentada por diversas formas de vida e identidades socioculturais, que convivem entre si, desde que assumam uma postura não fundamentalista

de respeito recíproco, umas em relação às outras. Do ponto de vista particular de cada uma dessas formas de vida, isso significa que se podem ter os mais diversos motivos para aderir ao universalismo subjacente ao projeto constituinte do Estado Democrático de Direito, em cada situação histórica concreta. Através da construção de uma identidade constitucional comum e pluralista, que afasta a velha doutrina da soberania como una e indivisível, é possível articular a unidade da cultura política no contexto múltiplo de subculturas e formas de vida presentes na sociedade, desde uma perspectiva não fundamentalista.

A noção de patriotismo constitucional assenta-se, assim, na adesão autônoma aos fundamentos do regime constitucional-democrático e não em substratos culturais pré-políticos de uma pretensa comunidade étnico-nacional, como numa visão excessivamente comunitarista da soberania do povo, mas sim nas condições jurídico-constitucionais de um processo deliberativo democrático de gênese legítima do direito capaz de estreitar a coesão entre os diversos grupos culturais e de consolidar uma cultura política de tolerância entre eles. Isso é possível em razão da diferenciação que se deve reconhecer entre dois níveis de integração social, o da integração ético-cultural e o da integração político-constitucional, em que a construção de uma cultura política pluralista, através da práxis e do exercício dos direitos políticos de cidadania, deve ser reflexivamente levada adiante (Habermas). O que, enfim, também significa que a defesa do patriotismo constitucional por parte do povo como instância política plural representa uma forma de cultura política pluralista que permite ancorar o sistema de direitos e a sua pretensão de universalidade no contexto histórico da sociedade política concreta.

## BIBLIOGRAFIA

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade: No rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David Francisco Lopes. *Constitucionalismo e Teoria do Estado: Ensaio de História e Teoria Política*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

ARATO, Andrew; COHEN, Jean. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge, Mass.: MIT, 1994.

ARENDT, Hannah. *Crises of the Republic*. New York: Harvest, 1972.

- ARENDDT, Hannah. *On Revolution*. New York: Penguin, 1990.
- ARENDDT, Hannah. *Da Revolução*. Trad. Fernando Dídimo Vieira. São Paulo e Brasília: Ática e Unb, 1990.
- ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.
- ARENDDT, Hannah. *On Revolution*. New York: The Viking Press, 1963.
- ARENDDT, Hannah. Sobre a violência In ARENDDT, Hannah. *Crises da República*. Trad. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- ARENDDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago, 1958.
- BAILYN, Bernard. *The Ideological Origins of the American Revolution*. 2 ed. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2012.
- BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. Trad. C. C. Variale et al. Brasília: UnB, 2007.
- BUTLER, Judith. *Bodies in Alliance and the Politics of the Street*. Disponível em <http://www.eipcp.net/transversal/1011/butler/en>.
- BUTLER, Judith. *Freedom of assembly, or who are “the people”?* Disponível em <http://socialdifference.columbia.edu/multimedia/judith-butler-freedom-assembly-or-who-are-people>.
- CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. *Filosofia Analítica e Filosofia Política: a dimensão pública da linguagem*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. Ação e Poder em H. Arendt e J. Habermas. *Ensaio*, n.º 15, 1985/86, p.185-200.
- CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. Ação, Linguagem e Poder: Uma releitura do Capítulo V [Action] da obra *The Human Condition*. 2006. Disponível em <http://www.fafich.ufmg.br/~tcalvet/A%E7%E3o%20Linguagem%20e%20Poder%20-%20Uma%20releitura%20do%20cap%EDtulo%20V%20%5BAction%5D.pdf>
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e GOMES, David F. L. (orgs.). *1988-2018: O que Constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.



CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo Constitucional*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GOMES, David. *Constitucionalismo e dilemas da justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política, Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Trad. B. Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DERRIDA, Jacques. *Politiques de l'amitié*. Paris: Galilée, 1994.

DERRIDA, Jacques. *Force de Loi: Le fondement mystique de l'autorité*. Paris: Galilée, 2005.

DUARTE, André. *O pensamento à sombra da ruptura: Política e Filosofia em Hannah Arendt*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 1986.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodium, 2016.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999.

FIOVARANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Molino, 1999.

GOMES, David Francisco Lopes. *A Constituição de 1824 e o problema da modernidade: o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da constituição no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GÜNTHER, Klaus. Communicative Freedom, Communicative Power and Jurisgenesis In: ROSENFELD, Michel e ARATO, Andrew (ed.) *Habermas on Law and Democracy*. Berkeley: University of California, 1998, p. 234-254.

HABERMAS, Jürgen. "Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory

principles?" *Political Theory*, v. 29, n. 6, dec. 2001, p. 766-781.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. W. Rehg. Cambridge, Mass.: MIT, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *The inclusion of the other. Studies in political theory*. Trad. C. Cronin et al. Cambridge, Mass.: MIT, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles? In: SADURSKY, Wojciech (ed). *Constitutional Theory*. Aldershot: Dartmouth, 2005, p. 69-84.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, Londres, vol. 29, n.º 6, 2001, p. 766-781

HABERMAS, Jürgen. Derecho y Moral (*Tanner Lectures* 1986) In: 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, p.535-587.

HABERMAS, Jürgen. El concepto de poder de Hannah Arendt (1975) In HABERMAS, Jürgen. *Perfiles Filosófico-Políticos*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1975, p.205-222.

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. *Fatti e Norme: Contributi a una teoria discorsiva Del diritto e della democrazia*. Trad. Leonardo Ceppa. Roma-Bari: Laterza, 2013.

HARVEY, D. *Cidades rebeldes*. Do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HONNETH, A. *Freedom's Right: The social foundations of democratic life*. Trad. J. Ganahl. New York: Columbia University, 2014.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. L. Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

JAKOBS, Gunter.; CANCIO MELIÁ, M. *Direito penal do inimigo*. Trad. CALLEGARI, A. L.; GIACOMOLLI, N. J. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da Faculdade do Juízo*. Trad. Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro, 1993.

- KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: Que é o Iluminismo? In KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Artur Morão. Lisboa, Edições 70, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LACLAU, E. *A razão populista*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.
- LUHMANN, Niklas. *Il Diritto della Società*. Trad. Luisa Avitabile. Torino: G. Giappichelli, 2012.
- LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128.
- MALLET, M. L. (dir.) *La démocratie à venir. Autour de Jacques Derrida*. Paris: Galilée, 2004.
- MARRAMAIO, G. “O mundo e o ocidente hoje: o problema de uma esfera pública global”. Trad. F. M. Barros. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 10, n. 20, 2º sem. 2007, p. 7-22.
- MARRAMAIO, Giacomo. “Passado e futuro dos direitos humanos: da ‘ordem pós-hobbesiana’ ao cosmopolitismo da diferença”. Trad. L. V. Porto. Belo Horizonte, *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*, XVI Congresso Nacional, nov. 2007.
- MARRAMAIO, Giacomo. *Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione*. 2 ed. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.
- MARRAMAIO, Giacomo. *Potere e Secularizzazione: Le categorie del tempo*. Torino: Bollati Boringhieri, 2005.
- MOUFFE, Chantal. *Agonistics: Thinking the world politically*. London: Verso, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Trad. P. Naumann. São Paulo Max Limonad, 1998.
- NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.
- OBER, Josiah. “A significação original de ‘democracia’: capacidade de fazer coisas, não regra majoritária. Trad. Calvet de Magalhães, Th. In: COELHO, N. M. M. S.; MELLO, C. M. (coord.). *Direito, Filosofia, Ética e Linguagem*. Juiz de Fora: Editar, 2013.
- RAMOND, Charles. *Le vocabulaire de Jacques Derrida*. Paris: Ellipses, 2001.
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- RANCIÈRE, Jacques. La démocratie est-elle à venir? Éthique et Politique chez Derrida. *Les Temps Modernes*, juillet/octobre, 2012, n. 669/670, p. 157-173.

RAWLS, J. *Political liberalism*. New York: Columbia University, 1993.

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

ROSENFELD, Michel. *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, 2010.

SALCEDO REPOLÊS, Maria Fernanda. *Habermas e a Desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. Disponível em [http://www.academia.edu/7624125/Habermas\\_e\\_a\\_Desobedi%C3%Aancia\\_Civil\\_Livro](http://www.academia.edu/7624125/Habermas_e_a_Desobedi%C3%Aancia_Civil_Livro).

SAMPAIO, José Adércio Leite. “Teorias constitucionais em perspectiva: em busca de uma Constituição pluridimensional”. In: SAMPAIO, J. A. L. (Coord.) *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-54.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Mass.: Harvard University, 2012.

WEBER, Max. *Economia y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. Trad. José Medina Echavarría. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.