

BREVES CONTRIBUIÇÕES PARA UMA REFLEXÃO SOBRE O PODER CONSTITUINTE E A LEGITIMIDADE DO DIREITO NA MODERNIDADE NO MARCO DO DEBATE JUSFILOSÓFICO E TEORÉTICO-CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira *
David Francisco Lopes **

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Os Giros Lingüístico-Hermenêutico e Lingüístico-Pragmático na filosofia do século XX; 3 – A legitimidade do Poder Constituinte Originário com base na Constituição por ele posta; 4 - A legitimidade da justificação e da aplicação do direito (4.1 – Os pressupostos normativos contrafáticos e a fundamentação discursiva do direito; 4.2 – Os discursos de justificação e a produção normativa; 4.3 - Os discursos de aplicação e a aplicação normativa); 5 – Considerações finais; 6 – Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente texto enfoca algumas das questões sobre o Poder Constituinte e a legitimidade do direito moderno com base em autores contemporâneos, tais como Jürgen Habermas, Michel Rosenfeld e Ronald Dworkin. Nesse sentido, discutimos a legitimidade do Poder Constituinte, a partir da perspectiva da Constituição por ele elaborada quando da fundação de uma nova comunidade política. Em seguida, partimos para a reconstituição das condições de validade e legitimidade do direito infraconstitucional. Nesse ponto, consideramos aspectos do processo legislativo de justificação das normas jurídicas. Por fim, apresentamos uma consideração sobre a aplicação jurídica, visando à reconstrução das condições que devem ser satisfeitas para tornar tal aplicação válida e legítima. Em termos gerais, o texto propõe um estudo do Poder Constituinte e da legitimidade do direito numa perspectiva adequada ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, que parte da conexão interna entre as autonomias pública e privada dos membros de comunidades jurídicas.

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG e Professor de Teoria da Constituição da Faculdade de Direito da UFMG.

** Estudante do 5º período da Faculdade de Direito da UFMG e bolsista do CNPq.

ABSTRACT

The present text addresses some of the issues on Constituent Power, the legitimacy of modern law, based on contemporary authors, such as Jürgen Habermas, Michel Rosenfeld and Ronald Dworkin. In this sense, we discuss the legitimacy of the Constituent Power, from the perspective of the constitution, elaborated by it upon the founding of a new political community. Next, we set out to reconstitute the validity and legitimacy conditions of ordinary law. At this point, we consider aspects of the legislative process of justification of legal norms. Finally, we present a consideration on the legal application, aiming at reconstruct the conditions which must be met, so as to make such application valid and legitimate. Generally speaking, the text proposes a study of Constituent Power and of the legitimacy of the law, from a perspective adequate to the proceduralistic paradigm of Constitutional Democracy, starting from the internal connection between public and private autonomy of members of legal communities.

1 - Introdução

O presente texto é resultado parcial da pesquisa *em curso* de iniciação científica, desenvolvida pelo bolsista David Francisco Lopes, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, sobre a Teoria do Poder Constituinte como tentativa de (re)fundação da autoridade política na modernidade.

A questão da legitimidade do direito suscita numerosas controvérsias no pensamento jurídico, tornando-se ainda mais problemática quando se refere à Constituição elaborada após uma ruptura com a ordem jurídica anterior. Se as normas jurídicas inferiores derivam sua legitimidade, bem como sua legalidade, de modo direto ou indireto, da Constituição vigente, resta a pergunta: de onde a Constituição deriva a sua própria legitimidade?

Tal indagação pode ser já encontrada no contexto das revoluções liberais de fins do século XVIII, no curso das quais foi construído o conceito moderno de Constituição. Naquele momento, não mais havia espaço para justificações transcendentais do poder político nem das normas do direito. A velha tríade romana da tradição, da religião e da autoridade, que havia sido capaz, durante séculos, mesmo com o advento do cristianismo, de justificar e conceder estabilidade ao poder e às leis, agora se encontrava em processo de esfacelamento (ARENDR, 2005, p. 127-187). Era *necessária*, pois, na passagem para a modernidade, a formulação de novas bases sobre as quais se pudessem apoiar o poder político e a ordem jurídica.

A Teoria do Poder Constituinte tentou forjar tais novas bases, buscando respostas para a questão da legitimidade de ambos - poder político e ordem jurídica - sem recorrer a artifícios transcendentais. Todavia, em sua formulação original em Sieyes, por exemplo, ela não foi capaz de romper totalmente com o recurso a tais artifícios, ao manter-se ainda ligada à tradição de um Direito Natural suprapositivo, mostrando-se, pois, inadequada à almejada renovação das justificativas para a legitimidade do poder e do direito.

De toda sorte, parece ser o diálogo com as teorias do Poder Constituinte um importante cominho para se buscar refletir acerca do problema da legitimidade da Constituição de uma nova ordem jurídico-política. Se em sua formulação original tal teoria ter-se-ia mostrado inapta aos fins pretendidos, as alterações pelas quais passou ao longo de mais de dois séculos de constitucionalismo contribuíram para elaborações mais sofisticadas, que parecem apontar de modo mais coerente para uma compreensão plausível da difícil questão.

Nos próximos tópicos, trataremos da legitimidade do Poder Constituinte Originário e também da legitimidade do direito, em sua justificação e aplicação, buscando expor algumas idéias sobre a fundação e a continuidade de uma comunidade jurídico-política.

As reflexões que serão expostas terão como referências centrais as seguintes obras: *A Identidade do Sujeito Constitucional*, de Michel Rosenfeld (2003); *As Sentenças Intermediárias no Marco de uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade ao Paradigma Procedimentalista do Estado Democrático de Direito*, de Emílio Meyer (2006); e *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*, de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2006).

Essas reflexões abordarão também o pensamento de Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, importantes pensadores acerca do direito e da política e cujas obras nos são contemporâneas.

2 - Os Giros Linguístico-Hermenêutico e Lingüístico-Pragmático na filosofia do século XX

Para uma melhor compreensão do que será discutido, iniciaremos percorrendo sobre algumas das importantes alterações que ocorreram na filosofia ao longo século XX. Especialmente nos interessam o chamado “giro lingüístico”, “hermenêutico” e “pragmático”.

Para os fins deste texto, para compreensão do giro lingüístico-hermenêutico podemos tomar como referência as formulações de Gadamer (*apud* MEYER, 2006, p. 303), mas também de Kuhn (*apud* MEYER, 2006, p. 14; *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 54). Aquele foi responsável por alterar as concepções até então em voga acerca da hermenêutica filosófica. Aprofunda-se assim a crítica acerca do que seria uma separação entre sujeito e objeto, entre atos de conhecimento e atos de interpretação¹, bem como à questão acerca da neutralidade e da objetividade do conhecimento científico, postulados, esses, subjacentes ao Positivismo Filosófico, mas também ao Positivismo Jurídico. O conhecer e o interpretar científicos eram entendidos como atos “puros”, alheios a qualquer circunstância externa a si próprios. Desconsideravam-se as características particulares do sujeito que os realizava, acreditando-se que qualquer um chegaria a

¹ Devido aos objetivos restritos do presente trabalho, não adentraremos a discussão sobre os limites entre conhecimento e interpretação, limites esse que, se de fato existem, tornaram-se imensamente tênues após os postulados do Giro Hermenêutico.

determinadas conclusões, pois somente elas haviam de ser descritas como verdadeiras.²

Gadamer questionou essas afirmativas. Para ele (GADAMER *apud* MEYER, 2006, p. 279), cada sujeito, ao buscar conhecer e/ou interpretar o mundo que o cerca, parte de pré-compreensões, no marco de determinadas tradições culturais. Isso significa que, anteriormente a qualquer ato de conhecimento e/ou de interpretação, há uma série de compreensões prévias nas quais o sujeito se apóia para conhecer e/ou interpretar. Essas pré-compreensões são construídas ao longo do tempo e são determinadas por uma série de fatores que constituem determinados horizontes culturais de sentido que, de modo geral, remetem-se à “história efetiva”. Daí, por um lado, não haveria separação absoluta entre sujeito e objeto e, conseqüentemente, não seria possível falar-se em neutralidade cognitiva/interpretativa, nos termos do positivismo; por outro, todo ato de conhecimento e/ou de interpretação é, na verdade, um ato reflexivo e/ou de auto-interpretação, pois o sujeito, ao conhecer e/ou interpretar, reafirma, ou mesmo dá continuidade, a certas pré-compreensões cultural e tradicionalmente construídas que trazia consigo e que constituem a sua própria identidade.

Se por um lado coube a Gadamer (*apud* MEYER, 2006, p. 279) atentar para o caráter hermenêutico dos atos de conhecimento e/ou de interpretação por outro a Kuhn (*apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 54), por exemplo, caberá também mostrar o caráter histórico e cultural do conhecimento, como processo de aprendizado e de ruptura, até mesmo no caso da epistemologia das chamadas ciências “exatas” e “naturais”. Desse modo, Kuhn empregará o termo *paradigma*, entendendo-o como conjunto de idéias, conceitos e práticas que determinada comunidade de conhecimento, em determinado momento histórico, aceita como válido. A formulação dos problemas dessa área do saber e a elaboração de respostas para tais problemas serão conformadas por aquele conjunto de concepções intersubjetivamente aceitas. O paradigma funciona como uma espécie de pano de fundo, de referencial, a partir do qual e sobre o qual se dão as “descobertas”, as elaborações teóricas e as práticas de certa área de produção do conhecimento.

Quando, porém, no dizer de Kuhn, o conjunto de concepções que compreende um paradigma mostra-se incapaz de sustentar a formulação de respostas para novos problemas que surgem, há um processo de ruptura com e de alteração do paradigma vigente, levando a situações críticas em que o que era tido por “verdadeiro” no paradigma anterior pode vir a ser tido como “falso” na perspectiva de um novo paradigma. Como veremos, Habermas, de certa forma, considera o que seriam importantes intuições subjacentes ao conceito de paradigma em Kuhn, quando elabora a noção de *paradigma jurídico* (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 14; *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 183).

² O critério de *verdade* que predominava era o das ciências naturais, ou seja, identificação plena entre a formulação do pensamento e algo do mundo fenomênico.

Dessa brevíssima exposição, cabe considerar que ao chamar atenção para o caráter hermenêutico do conhecimento, para as pré-compreensões, em Gadamer, referidas a horizontes de sentido compartilhados numa tradição cultural, mas também, em Kuhn, para o caráter intersubjetivo do conhecimento científico, construído em cada área do conhecimento, em certo momento histórico (paradigma), o giro hermenêutico, enfim, veio mostrar o quão histórico, intersubjetivo e aberto pode ser o conceito de *verdade*. Esta será vista a partir de então como contingente e falível, aberta historicamente a novos argumentos, a novos desenvolvimentos.

Passando ao giro lingüístico-pragmático (MEYER, 2006, p. 142-146), começamos dizendo que, ao menos até meados do século XX, a ciência e a filosofia da ciência partiam, a grosso modo, de uma espécie de compreensão instrumental da linguagem que não a concebia como internamente constitutiva dos processos de conhecimento científico, mas também da prática e do aprendizado social e cultural. Essa compreensão informava, por exemplo, que o modo através do qual se expressavam os conhecimentos produzidos, isto é, uma linguagem científica, seria plenamente capaz de transmitir exatamente o que pudesse ser conhecido, servindo apenas como um instrumento a serviço do espírito humano, em suas atividades de conhecer o mundo e de compartilhar tais conhecimentos. Acreditava-se, pois, que uma linguagem rigorosa, da e para a ciência, sua estrutura, seus limites, seria um instrumento válido e eficaz para a produção e comunicação de saberes cientificamente construídos.

Todavia, uma profunda reviravolta na filosofia irá questionar essa compreensão meramente instrumental da linguagem, algo que já está presente em Heidegger e Gadamer, mas principalmente no segundo Wittgenstein. Pontos como um suposto significado universal dos termos utilizados, a capacidade real de transmissão de informações e os limites impostos pela linguagem ao pensamento que necessita dela para ser formulado, foram levantados por uma nova filosofia da linguagem. A partir daí, não mais será possível pensar o mundo sem pensar a linguagem (MEYER, 2006, p. 146), por ser ela constitutiva desse mundo, e por isso de todo saber que o pensamento humano é capaz de gerar.

Para o que nos interessa aqui, e assumindo, pois, claramente, os limites das reflexões que ora empreendemos, podemos indicar ao menos duas decorrências de toda essa redescoberta da linguagem pela filosofia. Uma delas refere-se à ruptura com a distinção absoluta entre real e ideal. Essa ruptura aconteceu a partir do momento em que se percebeu que a própria realidade constituída internamente pela linguagem já era repleta de idealidades (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 138). Melhor explicando, ao realizarem-se interações lingüísticas, parte-se inevitavelmente de determinados pressupostos contrafáticos. Por exemplo, pressupõe-se a inteligibilidade daquilo que se transmite, que as palavras são igualmente compreendidas pelos interlocutores, que eles se reconhecem como iguais do ponto de vista comunicativo e que há, por parte de cada um deles, o mesmo sentido de estabelecer uma comunicação. Esses e outros pressupostos formariam as chamadas *condições ideais de fala*, que nada mais são do que pressupostos contrafáticos, idealidades imanentes e em permanente tensão com a faticidade das interações lingüísticas. Assim, elas nunca são totalmente preenchidas

faticamente, mas são aos “fatos” pressupostas, de tal modo a permitir, apesar de toda implausibilidade, que a comunicação se estabeleça. A faticidade é, ela mesma, permeada de idealidades, que não se deixam esgotar mesmo quando não são realizadas plenamente, fornecendo assim um referencial de validade aos atos que as têm como pressupostos idealizantes.

Dessa maneira, a *distinção* entre real e ideal, entre faticidade e validade, como elementos pertencentes a dois mundos totalmente estranhos e distintos, perde sentido, dando lugar a uma *tensão* permanente entre faticidade e validade. Na própria faticidade encontram-se presentes os pressupostos de validade, sem que para isso seja necessário sequer recorrer a uma esfera metafísica ou mesmo a uma síntese absoluta entre ambas. Se as práticas lingüísticas são constituídas por essa tensão entre faticidade e validade, as demais práticas, que dependem igualmente do *medium* lingüístico como meio de coordenação da ação, também o serão.

A outra decorrência foi o tornar claro que o saber normativo (“o que se deve fazer”) não é construído por uma razão prática monológica, de um sujeito abstratamente considerado e isolado do mundo. Os atos humanos se realizam numa esfera compartilhada intersubjetivamente e mediada pela linguagem. Portanto, um saber normativo, que guia os atos que ocorrem no mundo, pode ser reconstruído a partir desse mundo, mediante argumentos entre sujeitos que partem aqui e agora de certos pressupostos comunicativos. Essa segunda decorrência também contribuirá para a elaboração de uma concepção de razão comunicativa (ou razão discursiva) e da reconstrução do *princípio do discurso*³ a ela relacionada.

Essas são, pois, em linhas bem gerais, algumas reflexões acerca do giro lingüístico, hermenêutico e pragmático, importantes para a presente investigação.

3 – A legitimidade do Poder Constituinte Originário com base na Constituição por ele posta

Como dissemos na introdução, as questões que giram em torno da Constituição originária são marcadas por controvérsias e infindáveis debates. Os pontos principais das discussões podem ser considerados como sendo o *locus* onde residiria a legitimidade da própria Constituição e o paradoxo consistente no fato de a legitimidade do direito positivo infraconstitucional residir na legalidade deste, isto é, residir em ser ele produzido de acordo com normas superiores e, em último caso, de acordo com as normas da Constituição.

Tentaremos, abaixo, retomar o pensamento de Jürgen Habermas, como marco para reflexões mais coerentes e satisfatórias para contribuir para as questões ora formuladas.

3 O *princípio do discurso* dirá que qualquer decisão somente pode pretender validade se oriunda de um discurso racional do qual, sob condições ideais de argumentação, todos os afetados tenham oportunidade de participar (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 162).

Para tentarmos alcançar nossos objetivos, iniciaremos com algumas constatações sobre a realidade sociológica da modernidade.

Distinguindo as sociedades modernas das pré-modernas, percebemos a complexidade que marca as primeiras em relação às segundas. Nas sociedades pré-modernas, havia uma certa homogeneidade de modos de vida, de crenças e de convicções, baseada na tradição e na forte presença de elementos transcendentais. A comunicação entre os membros dessas sociedades ocorria em contextos tradicionais compartilhados por seus membros, o que, dessa maneira, permitia um certo consenso convencional sobre o sentido do mundo. Devido à homogeneidade de costumes e crenças, esses contextos e seus símbolos culturais correspondiam a mitos, a ritos, a objetos especialmente significativos, a fenômenos naturais aos quais se atribuíam significados específicos e à própria linguagem verbal, dentre outras coisas.

Nas sociedades modernas, porém, não há mais aquela homogeneidade de costumes e crenças. Em seu lugar, surge o pluralismo de modos de vida e de sistemas de credos e convicções. Os diversos símbolos acabam por perder sua ingenuidade, uma vez que só eram capazes de estabelecer uma comunicação a partir do momento em que se pudesse pressupor que todos compreendiam e aceitavam, da mesma maneira tradicional, as idéias responsáveis por conferir dado significado a cada um dos elementos simbólicos. Diante dessa perda de significados tradicionalmente compartilhados, o único elemento simbólico que parece resistir com força comunicativa é a linguagem ordinária, em razão do seu caráter transcendente de contexto.

Dessa forma, temos, na modernidade, sociedades complexas, plurais, cujos membros encontram na linguagem ordinária o principal meio comunicativo. Como dissemos, interações lingüísticas partem de certos pressupostos comunicativos que constituem condições ideais, embora imanentes, de comunicação. Qualquer consenso obtido nessas interações pressupõe, pois, certas condições para um discurso racional.

Diante da impossibilidade, portanto, de poderem contar com visões de mundo homogêneas e apoiadas em justificações transcendentais, os indivíduos, ao fundarem uma comunidade política, tomam o direito moderno como única forma de auto-organização político-social, que seja, ao mesmo tempo, capaz de não se apoiar em tradições que modernamente se apresentam como particulares a cada sujeito ou grupo, todavia assegurando sua força normativa sobre eles. Isto é, em sociedades complexas, o único modo de se estabelecer uma comunidade política que abranja legitimamente sua pluralidade é o recurso ao *medium* do direito moderno (HABERMAS *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 62).

A partir dessa primeira conclusão, surgem algumas exigências. Estas não se referem a fatores externos, mas constituem necessidades internas ao próprio direito moderno. Ao tomá-lo como meio para a fundação de comunidades políticas, assume-se o compromisso de que estejam garantidos aos sujeitos ao menos aqueles direitos que constituem a própria forma jurídica moderna: direitos a iguais liberdades subjetivas de ação, direitos específicos relacionados ao pertencimento à comunidade que então

se funda (“direitos de nacionalidade”) e direitos à tutela jurisdicional. Esses direitos representam, sob a forma jurídica, certos *pressupostos normativos contrafáticos*. A partir de tais direitos (direitos fundamentais individuais), estabelecer-se-ia o núcleo da *autonomia privada*, que concederia aos membros da comunidade política o *status* de sujeitos de direito (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 183-185).

Para que os sujeitos possam considerar-se tanto como autores quanto como destinatários das normas jurídicas, devem ser configurados direitos de igual participação nos processos de formação da opinião e da vontade (direitos fundamentais políticos) que constituiriam o núcleo da *autonomia pública* dos sujeitos, concedendo a eles o *status* de cidadãos livres e iguais (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 185).

Por fim, devem estar assegurados direitos a condições dignas de vida (direitos fundamentais materiais), para que os agora sujeitos de direito e cidadãos livres e iguais possam efetivamente usufruir seus direitos, tornando os pressupostos normativos contrafáticos minimamente plausíveis (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 186).

Podemos, a partir disso, enumerar algumas conclusões. Os direitos que constituem exigências internas ao direito moderno deixam claro que não há mais que se falar em autonomia privada separada da autonomia pública. O que agora se exige é que elas sejam consideradas numa perspectiva de equíprimordialidade e de co-originariedade (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 178; CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 81), por serem ambas que, juntamente, configuram o *status* completo dos membros da comunidade política. Não é possível falar-se em sujeitos de direito sem considerar que sejam também cidadãos livres e iguais; por outro lado, não há de se falar de cidadãos livres e iguais sem reconhecer que sejam, ao mesmo tempo, sujeitos de direito. Ou seja, há uma conexão interna entre direitos humanos, representados pelo núcleo da autonomia privada, e soberania popular, representada pelo núcleo da autonomia pública (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 62).

Aqui encerramos um dos passos da constituição de uma nova comunidade política. Nesse passo, poderemos considerar legítimo o Poder Constituinte Originário que proceda à elaboração de uma Constituição que abarque os direitos acima citados.

Contudo, esses direitos possuem um caráter abstrato, exatamente por serem extensivos à formação de toda e qualquer comunidade política moderna. É necessário que cada uma dessas comunidades decida, a partir daqueles direitos primários, quais direitos específicos farão parte de sua ordem jurídico-política. Portanto, os direitos primários elencados devem possuir forte caráter procedimental. Isso significa que uma de suas principais funções é garantir que sejam institucionalizados devidamente procedimentos para a formação da opinião e da vontade (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 85), de onde há de vir o corpo de normas jurídicas próprio a cada comunidade. A partir daí, estão fornecidos os limites e os mecanismos para a produção legislativa própria da comunidade política fundada.

Aqui, a Constituição posta por um Poder Constituinte Originário que se pretenda legítimo não deve apenas abarcar os direitos primários já tantas vezes citados, mas deve prever também a institucionalização dos procedimentos ora referidos. Estes, no

seio de uma Teoria Discursiva do Direito e da Democracia adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, como propõe Habermas (*apud* MEYER, 2006, p. 135-213), também podem ser entendidos como exigências internas ao próprio direito moderno.

Falta, agora, que os membros da comunidade, detentores, todos eles, do Poder Constituinte Originário, decidam os direitos específicos que, como comunidade política de sujeitos de direito e de cidadão livres e iguais, atribuir-se-ão reciprocamente.

Para a elaboração das normas constitucionais que representarão tais direitos específicos, Habermas propõe uma perspectiva reconstrutiva (HABERMAS *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 39), em vez de assumir perspectivas realistas, que reduzem o direito aos fatos sociais e perpetuam desigualdades vigentes, ou perspectivas idealistas, que colocam o direito em patamar tão abstrato que acabam furtando-lhe toda e qualquer possibilidade de eficácia.

Uma perspectiva constitucional reconstrutiva parte novamente da idéia de pressupostos normativos contrafáticos e da tensão constante entre realidade e idealidade, entre faticidade e validade. Para que a convivência social seja possível, há certas normas de conduta que constituem internamente qualquer sociedade (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 51). Dessa maneira, as sociedades modernas também são constituídas de certas expectativas normativas, no caso, a expectativa de que todos sejam respeitados como seres humanos de igual valor; a expectativa de que todos tenham livre direito a professar seus credos e a expressar suas opiniões, desde que não visem a prejudicar a outrem; a expectativa de que todos tenham direito a condições mínimas de vida e muitas outras. O conjunto dessas expectativas é que torna possível a convivência em sociedade, fornecendo certa integração à dinâmica social. Contudo, esses pressupostos, essas expectativas, podem, em todo momento, ser frustrados, gerando a referida tensão entre faticidade e validade. O que a perspectiva constitucional de que agora tratamos pretende é proceder a uma reconstrução das expectativas normativas (que atuam como pressupostos normativos contrafáticos) já vigentes no interior da própria sociedade, e que historicamente foram elevadas, inclusive, à condição de normas constitucionais. Dessa maneira, os direitos específicos que os membros de dada comunidade atribuiriam uns aos outros não viriam de esferas estranhas a eles, como, por exemplo, de um suposto direito natural, mas sim dos paradigmas de direito já presentes e que podem ser reconstruídos de forma reflexiva e criticamente. É claro, pois, que dessa reconstrução poderiam surgir expectativas normativas não compatíveis com aqueles direitos primários. Estas deveriam ser abandonadas pelos constituintes.

Ainda sobre os direitos específicos que uma comunidade política “escolhe para si”, é interessante atentarmos para o pensamento de Michel Rosenfeld (2003). Para ele, há também certos limites internos postos pelo Constitucionalismo ao Poder Constituinte Originário: governo limitado, Estado de Direito e direitos fundamentais (ROSENFELD, 2003, p. 36). A partir disso, ele dirá que, num primeiro momento após a ruptura com uma ordem anterior, os detentores do Poder Constituinte Originário tendem a negar toda a construção normativa que naquela ordem vigia, tanto as fundadas no

direito como as fundadas nas tradições, na moral e em outros corpos normativos porventura existentes (ROSENFELD, 2003, p. 52). Todavia, se levada a cabo uma ruptura com todo o contexto normativo pré-revolucionário, fechar-se-iam as portas ao Constitucionalismo e dar-se-ia lugar ao império do terror, como no fracasso de uma tal tentativa realizada pelo governo jacobino, na França de 1793 (ROSENFELD, 2003, p. 35-36). O que deve acontecer, e de fato acontece, é uma releitura seletiva, por parte dos constituintes, do contexto normativo pré-revolucionário (ROSENFELD, 2003, p. 53). Essa releitura auxiliaria na decisão, a partir do que Rosenfeld chama de *discurso constitucional* (ROSENFELD, 2003, p. 39-40), de quais normas deveriam ser deixadas de fora e quais deveriam ser aceitas na nova ordem jurídica.

Nesse ponto, temos mais alguns requisitos para a Constituição posta por um Poder Constituinte Originário: por um lado, é preciso que os direitos próprios da comunidade política fundada na Constituição sejam buscados a partir da reconstrução de pressupostos normativos contrafáticos presentes, ainda que de maneira fragmentada, nas próprias interações sociais entre os membros da comunidade; por outro, é preciso que esses direitos sejam também buscados a partir da releitura dos contextos normativos (direito positivo, normas da moral positiva, tradições e outros corpos normativos) vigentes na ordem anterior com a qual se rompe ou a partir da qual se cria uma nova ordem; por fim, reconstrução e releitura devem submeter seus resultados ao crivo de um olhar crítico, da perspectiva daqueles que exercem o Poder Constituinte Originário, que selecione quais resultados devem ser abandonados e quais devem ser acolhidos na nova ordem que se funda. Por exemplo, às expectativas normativas de grupos extremistas, que se choquem com os direitos primários exigidos pelo uso do *medium* do direito moderno, deve ser recusada a positividade e a coercibilidade do direito. Somente aquelas expectativas normativas que permitam uma convivência pacífica entre a pluralidade de visões de mundo e de modos de vida devem ser aceitas na nova ordem estabelecida⁴.

Temos quase esgotados os requisitos de legitimidade de um Poder Constituinte Originário e da Constituição por ele posta. Contudo, até agora tratamos do momento de fundação de uma comunidade política. Resta falarmos de sua continuidade ao longo do tempo.

Os direitos específicos da comunidade estabelecidos pelos detentores do Poder Constituinte Originário são os que naquele momento histórico particular mostraram-se mais indicados a serem reconhecidos reciprocamente como direitos. Todavia, esses

⁴ A não aceitação de expectativas normativas específicas de determinados grupos impede que a ordem constitucional se sustente sobre um consenso normativo de fundo ético. Quer dizer, grupos distintos, com concepções próprias a cada um deles, não podem pretender que suas visões de mundo, seus valores próprios, prevaleçam sobre os demais grupos. Assim, as diversas visões de mundo podem conviver pacificamente sobre o pano de fundo de uma comunidade política artificial, não apoiada sobre nenhum substrato ético específico (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 85). Essa comunidade política artificial, somente possibilitada pelo *medium* do direito moderno, exige que cada grupo reconheça nela tanto o direito de viver suas crenças e concepções em liberdade quanto o dever de reconhecer a outros grupos esse mesmo direito. Esse tipo de relação dos diversos grupos, ou melhor, dos indivíduos que os compõem com a ordem constitucional é típica da modernidade, sendo enquadrada no conceito de *patriotismo constitucional* (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 63-68).

direitos estão abertos a uma permanente resgate e construção por parte das gerações futuras.

Nesse sentido, como último requisito de legitimidade, é necessário que a Constituição posta pelo Poder Constituinte Originário possa ser reconhecida como um projeto aberto ao futuro (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 61), como um corpo de direitos que reconhece a cada nova geração o direito de lançar criticamente seu olhar sobre as normas constitucionais e decidir por alterá-las no sentido de se dar curso ao projeto constitucional, de modo a corresponder aos anseios normativos da comunidade política. Esse requisito encontra-se diretamente ligado ao requisito de que a Constituição preveja a institucionalização de procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade. Tais procedimentos é que permitirão, legitimamente, que haja alterações formais no corpo dos direitos constitucionais.

A partir do reconhecimento, a cada geração, do direito de resgatar de modo reflexo a história constitucional e, se necessário, fazer-lhe ajustes, surge também o dever, que igualmente cabe a cada geração, de dar continuidade à obra iniciada pelo Poder Constituinte Originário. Isto quer dizer que cada nova geração deve assumir seu papel na manutenção e ampliação da comunidade política fundada por aquele poder (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 84). Dessa forma, os sujeitos de cada geração devem relacionar-se com a Constituição de uma maneira específica da modernidade: devem reconhecer nela um conjunto de direitos que lhes assegura liberdade e igual reconhecimento diante de outrem, bem como um conjunto de deveres que exigem que reconheçam a outrem esses mesmos direitos. Além disso, as gerações devem igualmente reconhecer o dever de levar adiante a tarefa de constituição de uma comunidade política fundada na igualdade e na liberdade, tarefa iniciada pelos constituintes originários. Essa maneira específica de relacionar-se à Constituição, que implica o não querer compreendê-la a partir de valores éticos específicos de determinado grupo, mas sim aderir a ela de um modo racional e universalmente justificável, é o que se denomina *patriotismo constitucional* (STERNBERGER *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 65), isto é, “uma adesão racionalmente justificável, e não somente emotiva, por parte dos cidadãos, às instituições político-constitucionais – uma lealdade política ativa e consciente à Constituição democrática” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 88).

Temos, desse modo, os requisitos que garantem a legitimidade a um Poder Constituinte Originário do ponto de vista da Constituição por ele posta: a positivação de direitos primários exigidos internamente pelo direito moderno e também o respeito a exigências, igualmente internas, colocadas pelo Constitucionalismo; o conseqüente reconhecimento da equiprimordialidade e da co-originariedade das autonomias pública e privada; a previsão da institucionalização de procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade; a elaboração do corpo de direitos específico da comunidade fundada a partir de uma releitura e de uma reconstrução críticas, nos termos referidos; e, por fim, a configuração da Constituição como um projeto aberto, que propicie às gerações futuras apropriar-se criticamente dos direitos constitucionais, a partir da relação de patriotismo constitucional e sobre o pano de fundo da pluralidade social.

Legítimo o Poder Constituinte Originário e a Constituição, o direito infraconstitucional produzido a partir dela continua a encontrar nela sua fonte de legitimidade, no que podemos entender, sim, como uma legitimidade a partir da legalidade (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 187). No entanto, não cairíamos num círculo vicioso ou na hipótese de um regresso ao infinito ao chegarmos à Constituição positivada pelos constituintes originários. Esta encontraria sua legitimidade na decisão de um grupo social de fundar uma nova comunidade política e no respeito aos requisitos que expusemos.

4 - A legitimidade da justificação e da aplicação do direito

Tratados os temas da legitimidade do Poder Constituinte Originário e da Constituição originária, passemos a alguns esclarecimentos finais sobre o direito moderno, tomando como base, ainda, o pensamento habermasiano, embora tangenciando outros autores contemporâneos, como Rosenfeld e Dworkin. Tais esclarecimentos adicionais visam a dar seqüência à reconstrução da legitimidade de uma ordem jurídica na modernidade. Como afirmado, a legitimidade do direito infraconstitucional, em princípio, deriva da própria Constituição. Entretanto, é necessário realizar uma abordagem mais profunda e detalhada de tal legitimidade, de modo a elucidar os requisitos que devem existir no tocante à justificação e à aplicação do direito. Se a legitimidade advém da concordância com a Constituição, é preciso dizer em que sentido essa concordância deve ocorrer.

4.1 - Os pressupostos normativos contrafáticos e a fundamentação discursiva do direito

Habermas (*apud* Meyer, 2006, p. 137) parte da afirmação de que, se a tensão entre realidade e idealidade, entre faticidade e validade, marca as práticas puramente lingüísticas, tal tensão é também constitutiva de todas as demais práticas que se dão a partir do *medium* da linguagem (HABERMAS *apud* Meyer, 2006, p. 146). Como o direito é uma prática social, interpretativa e argumentativa, mediada, portanto, pela linguagem, também nele estaria presente a tensão constante entre faticidade e validade.

Seguindo o raciocínio, Habermas atenta para o fato de que as *condições ideais do discurso racional*, ao serem traduzidos para o direito, compreendem certos pressupostos normativos de caráter contrafático. Sendo assim, é um pressuposto normativo do direito moderno que os destinatários de todas as normas possam entender-se como co-autores das mesmas.

A partir da transferência da tensão entre faticidade e validade para o direito, Habermas (*apud* MEYER, 2006, p. 156) buscará reconstruir os pressupostos normativos que devem conformar a produção legislativa. Assim, devem ser juridicamente institucionalizados procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade políticas. Nesses procedimentos, devem ser garantidos alguns pontos: ninguém que possa fazer uma contribuição relevante para a discussão deve ser em princípio excluído; devem caber em princípio aos participantes iguais oportunidades para fazer contribuições à discussão; e a comunicação deve ser em princípio livre de coação.

Nesses mesmos procedimentos, é importante que seja respeitada a regra da maioria, embora também seja possível que se acredite na possibilidade de se alcançar uma resposta correta. A conjugação dessas duas exigências não significa uma ditadura da maioria ou da verdade revelada. Ao contrário, acreditando haver a possibilidade de que uma única resposta correta possa ser alcançada, as minorias aceitarão a resposta momentaneamente escolhida pela maioria, por estarem convictas de que, respeitadas as exigências de uma argumentação livre, poderão, num momento posterior, convencer os demais acerca da correção de suas proposições.

Temos, pois, algumas características e alguns pressupostos normativos que devem fornecer validade ao processo de produção legislativa: a institucionalização de procedimentos democráticos de formação da vontade e da opinião que possibilitem a cada sujeito reconhecer-se, ao mesmo tempo, como destinatário e autor das normas; a constituição, a partir desses procedimentos, de âmbitos argumentativos que permitam deliberações livres e igualitárias; e o reconhecimento, nesses âmbitos argumentativos, da regra da maioria e da possibilidade de uma única resposta correta.

Percebemos, com isso, que o direito moderno no marco do pensamento habermasiano tem forte caráter procedimental (MEYER, 2006, p. 135-213), na medida em que se deve preocupar em garantir as condições procedimentais para que os membros da comunidade política possam, democrática e discursivamente, construir seu próprio corpo substancial de direitos. Em síntese, ele deve estar preocupado com a institucionalização de procedimentos que assegurem aos indivíduos o exercício conjunto de suas autonomias pública e privada, exercício que tem por corolário as exigências acima descritas. Concluimos, pois, que a teoria habermasiana do direito é, ao mesmo tempo, uma teoria procedimental e discursiva, por postular que esses procedimentos devem precisamente garantir, num nível institucional, as condições para que surjam de modo argumentativo os direitos positivados (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 135-213).

É preciso ressaltar que esse modo de compreender o direito culmina na consideração de uma dupla validade jurídica. Quer dizer, o direito moderno vale, no sentido de sua vigência, por ser uma ordem normativa que carrega consigo a possibilidade de sanção mediante seu descumprimento. Por outro lado, o direito moderno vale, no sentido de legitimidade, porque possibilita que seus destinatários reconheçam-se também co-autores de suas normas. Logo, o direito é, a um só tempo, limite, como leis coercitivas, e condição de possibilidade, como leis de liberdade, fundadas na autonomia dos sujeitos e que tornam possível a existência de uma vida social organizada. Disso decorre que o direito moderno não se impõe apenas como ordem coercitiva, obedecida por medo de sanção, mas que deve também deixar aos sujeitos a abertura para que o obedeçam por nele reconhecerem a garantia de sua própria liberdade.

De tudo isso, podemos concluir também que a fundamentação discursiva do direito, em Habermas, reside na conexão interna entre as autonomias pública e privada, conexão essa que deve se realizar no âmbito dos procedimentos democráticos de formação da vontade e da opinião devidamente institucionalizados.

4.2 - Os discursos de justificação e a produção normativa

Uma teoria que se limitasse a considerações formais mostrar-se-ia inadequada a uma explicação plausível do direito. Assim, a Teoria do Direito de Habermas considerará também os conteúdos que adentram os procedimentos de criação das normas jurídicas (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 214-462).

Dirá o autor (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 214 -215) que, a partir do momento em que o princípio do discurso aplica-se à forma jurídica como princípio democrático, ele permite o afluxo de três tipos básicos de discursos nos processos de elaboração de normas jurídicas. São esses os discursos pragmáticos, éticos e morais. A partir deles, decidir-se-ão os conteúdos que os direitos infraconstitucionais a serem positivados terão.

Nos discursos pragmáticos (MEYER, 2006, p. 220-221), há uma preocupação em estabelecer a adequação de meios a fins. Predomina uma racionalidade teleológica que, partindo de objetivos pré-fixados, busca estabelecer os melhores meios de se os alcançar. A pergunta principal é sobre o que é adequado a se alcançar determinados fins.

Nos discursos éticos (MEYER, 2006, p. 221-243), essa racionalidade teleológica já não é suficiente. O discurso agora passa por questões que envolvem valores mais fortes. Em suma, discursos éticos visam a uma auto-compreensão de sujeitos ou grupos. Essa auto-compreensão divide-se em dois aspectos interligados: a descrição de como se é e a elaboração do que se deseja ser, ou seja, um aspecto descritivo do eu e um aspecto axiológico desse mesmo eu (coletivo ou individual). A pergunta principal é sobre o que é o ideal de vida boa para dado sujeito ou grupo⁵.

Nos discursos morais (MEYER, 2006, p. 243-250), as questões não se referem mais a decisões instrumentais voltadas a certos fins nem a decisões acerca da auto-compreensão de sujeitos ou grupos determinados. O que agora se busca são respostas corretas, aceitas universalmente como justas, para a solução de conflitos. Se nos discursos pragmáticos pergunta-se pelo que é adequado a determinados fins e nos discursos éticos pergunta-se pelo que é bom, nos discursos morais perguntar-se-á pelo que é justo⁶.

5 Mais uma vez, lembramos que não é possível querer resumir o direito a nenhuma auto-compreensão ética específica. Ou seja, as ordens jurídicas modernas não se apóiam em consensos éticos de fundo substanciais, mas sim em consensos racionais de patamares mais abstratos congregados na idéia de patriotismo constitucional. Assim, só serão aceitos, no âmbito da produção normativa, discursos éticos que não proponham posturas extremistas e que, portanto, possam ser reconhecidos consensualmente por todos os que venham a afetar.

6 Vale fazer referência à relação de complementaridade que Habermas (*apud* MEYER, p. 168-177) postula existir entre o direito e a moral modernos. Em linhas gerais, partindo do objetivo de normatização social tanto do direito quanto da moral, aquele precisa desta por ser ela capaz de agir sobre os motivos dos sujeitos e também por ela abranger normativamente condutas não abrangidas por normas jurídicas; por outro lado, perdida a força das sanções religiosas, a moral precisa do *medium* do direito para estender suas pretensões normativas a sujeitos que, do contrário, não as seguiriam.

Discursos pragmáticos, éticos e morais, suscitados durante o procedimento de produção normativa, constituem internamente os *discursos de justificação* do direito. A primazia de tal ou qual discurso na argumentação acerca de uma questão será estabelecida pela lógica presente na própria questão (HABERMAS *apud* MEYER, 2006, p. 259-260). Isto é, não há uma hierarquia ou um escalonamento *a priori* entre os discursos. A própria questão suscitada deve ser capaz de deixar claro qual discurso deve prevalecer na argumentação que sobre ela se desenvolve. Por exemplo, se se tentam introduzir discursos pragmáticos ou morais, numa questão voltada para o modo como minorias devem ser tratadas na ordem constitucional, a própria questão, voltando-se ao ideal de identidade de dado grupo, mostrará não serem esses discursos, mas apenas discursos éticos, os aceitáveis no processo argumentativo.

Uma vez respeitado o princípio democrático e institucionalizados os procedimentos democráticos de produção normativa a partir da formação discursiva da opinião e da vontade, os três discursos elencados darão origem a normas jurídicas capazes de em princípio sustentar a sua pretensão de legitimidade. Após esse momento, discursos pragmáticos, éticos e morais que prevaleçam na argumentação revestem-se da forma jurídica, transformam-se em direitos (e programas) positivados, e é assim que devem ser considerados, posteriormente, no contexto de aplicação do direito, ou seja, como normas jurídicas cogentes.

Os direitos positivados mediante os discursos de justificação contribuem para a configuração do que Rosenfeld chama de identidade constitucional, que teve início com a promulgação de uma nova Constituição pelo Poder Constituinte Originário e que nunca se completa, mas permanece sempre aberta ao afluxo de novas compreensões (ROSENFELD, 2003, p. 22-23; CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 45 e 46).

Nesse ponto, é válido que nos voltemos novamente para o pensamento de Michel Rosenfeld (2003). Este elucidará os instrumentos discursivos básicos usados para a construção e reconstrução, seja legislativa, seja interpretativa/jurisdicional, dos direitos, mas também de uma identidade constitucional aberta. O primeiro instrumento seria a negação. Esta consistiria em três momentos (ROSENFELD, 2003, p. 51-57): no primeiro, mecanismos como o repúdio, a repressão, a exclusão e a renúncia voltar-se-iam para o contexto normativo anterior à nova ordem posta pela Constituição, negando a ele pretensão normativa nessa nova ordem; no segundo momento, haveria uma negação da primeira negação, isto é, aos conteúdos de pretensão normativa do contexto anterior que fossem coerentes com a nova ordem posta seria concedido caráter normativo no âmbito desta; por fim, seria percebido que a aceitação de pretensões normativas da ordem anterior não significa a perda da identidade do sujeito constitucional surgido com o Poder Constituinte Originário, mas sim a afirmação dessa identidade, pois foi o próprio sujeito constitucional quem decidiu, seletivamente, quais daquelas pretensões seriam recepcionadas. O segundo instrumento seria a metáfora (ROSENFELD, 2003, p. 61-67). Por meio dela, buscar-se-iam estabelecer semelhanças, em detrimento das diferenças, entre dadas situações, almejando alcançar a ampliação da abrangência de determinados direitos. Por fim, haveria o instrumento da metonímia (ROSENFELD, 2003, p. 67-81). Ao contrário da metáfora, por meio da metonímia buscar-se-iam elucidar as

diferenças, em detrimento das semelhanças, de modo a contextualizar as situações específicas e evitar que direitos tivessem incorretamente ampliada a sua abrangência.

4.3 - Os discursos de aplicação e a aplicação normativa

Tendo discorrido sobre a justificação e a produção legislativa do direito, falta aludirmos, ainda que brevemente, à aplicação jurídica e ao processo jurisdicional.

Para tanto, iniciamos pela distinção que Klaus Günther (*apud* MEYER, 2006, p. 334-346) efetua entre discursos de justificação e discursos de aplicação. Os primeiros dizem respeito, como vimos no tópico anterior, à justificação da validade normativa. Da perspectiva argumentativa da aplicação, a discussão sobre a validade já não deve ser colocada enquanto tal. A pergunta passa, então, a ser sobre a adequabilidade de tal ou qual norma válida ao caso concreto, ou seja, o que os discursos de aplicação buscarão fazer é mostrar que uma norma válida é ou não adequada a ser aplicada ao caso em questão.

Da leitura de Rosenfeld (2003), é possível perceber que os instrumentos acima descritos são utilizados não apenas na produção normativa, mas também no contexto de aplicação do direito (principalmente a metáfora e a metonímia), para delimitar qual norma deve ser aplicada e como ela deve ser compreendida diante de um caso concreto sob apreciação.

Outro pensamento que é válido visitar para melhor compreendermos a perspectiva argumentativa de aplicação do direito é o de Ronald Dworkin. Este (*apud* MEYER, 2006, p. 273) distingue dois modelos de compreensão das normas jurídicas, o modelo das regras e o dos princípios. Regras são normas que apresentam em seu enunciado a consequência de sua aplicação em determinados casos que elas mesmas prevêem. Diferentemente, os princípios, embora tenham um caráter deontológico e não axiológico⁷, não apresentam a consequência de sua aplicação a determinados caso por eles mesmos previstos; eles devem seja avaliados de modo específico no contexto de cada caso. A distinção entre regras e princípios, contudo, não é uma distinção ontológica, morfológica, estabelecida *a priori*. Ao invés disso, tal distinção deve ser realizada de modo argumentativo.

Outra distinção importante no pensamento dworkiniano (*apud* MEYER, 2006, p. 277) é a que existe entre argumentos de política (*polícies*) e argumentos de princípio. Os primeiros levariam em conta alguma meta coletiva a ser alcançada. Por sua vez, argumentos de princípio partem de direitos, não atentando para se o devido respeito a esses direitos prejudica ou não o alcance de alguma meta coletiva. Nesse sentido, os argumentos de princípio, e os direitos em que se baseiam, devem ser entendidos como trunfos dos sujeitos diante de diretrizes políticas estatais (DWORKIN *apud* MEYER, 2006, p. 281).

7 Robert Alexy (*apud* MEYER, 2006, p. 273) defende uma estrutura axiológica dos princípios, equiparando-os a valores que devem ser pesados quando de sua aplicação a casos concretos.

Ambas as distinções são importantes para uma melhor compreensão da atividade judicial, ponto fundamental para a teoria de Dworkin (*apud* MEYER, 2006, p. 284). Os juízes, diante de um caso em que não haveria uma regra ou regras que previamente imputariam uma determinada consequência jurídica, devem, ao invés de decidir discricionariamente, como acredita o positivismo jurídico, construir a decisão com base nos princípios e de forma adequada ao caso concreto, à argumentação das partes envolvidas.

Partindo dessas noções, Dworkin (*apud* MEYER, 2006, p. 321-322) desenvolverá a concepção de um ideal de *integridade*, subjacente às comunidades democrático-constitucionais. Para ele, nas decisões judiciais, os juízes deveriam buscar uma solução que fosse coerente em linhas gerais com a história institucional do direito, ou seja, com a história da aplicação do direito na comunidade política de que fazem parte. Contudo, essa coerência deveria ser estabelecida de um modo crítico, que tal forma que caberia abandonar certas decisões contrárias à própria ordem constitucional, *vista à sua melhor luz*. Diante do imenso trabalho que a reconstrução de toda a história das decisões judiciais, de modo crítico, representaria, surge a figura emblemática do *juiz Hércules* (DWORKIN *apud* MEYER, 2006, p. 283-286), a simbolizar o ponto de vista da imparcialidade.

Além da analogia com a figura mitológica de Hércules, Dworkin (*apud* MEYER, 2006, p. 305-316) estabelece uma outra metáfora para o trabalho dos juízes. Para ele, a atividade judicial é semelhante a um romance escrito em cadeia, no qual cada autor deve escrever um capítulo inédito, mas de uma mesma estória, sem romper portanto com o enredo de até então.

Concluindo, a cada caso concreto, o juiz deveria recorrer igualmente à história institucional do direito interpretada à luz dos princípios que lhe dão sentido para construir a decisão correta. A esse modo de interpretar o direito e de construir a decisão correta chama-se *construtivismo*, no pensamento dworkiniano (DWORKIN *apud* MEYER, 2006, p. 270-330).

O ideal de integridade tem, assim, por base uma “moralidade política” e pressupõe algo que Dworkin (*apud* MEYER, 2006, p. 327-328) chama de *comunidade de princípios*, isto é, uma comunidade política que abraça e compartilha dadas virtudes e anseia vivenciá-las de maneira íntegra: justiça, equanimidade e devido processo.

Neste ponto, vale nos referirmos à noção habermasiana de paradigma jurídico. Habermas (*apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 183) postulará que no direito também é possível perceber certos períodos históricos em que a compreensão do direito dá-se de forma distinta nas sociedades. Em cada um desses períodos há uma gama de conceitos, teorias e práticas aceitos como válidos e que informam a compreensão do direito vigente. O paradigma jurídico, exatamente por ser capaz de conformar uma determinada concepção de direito, orienta o processo de tomada de decisões judiciais.

Sobre Dworkin, há, ainda, um último ponto, que perpassa toda a sua teoria e que já foi por nós tocado em outros momentos deste trabalho. É a questão da resposta correta (DWORKIN *apud* MEYER, 2006, p. 290-305). Para ele, independentemente de

haver uma regra que preveja a solução para um caso sob apreciação, as partes têm direito a exigir do poder judicial uma resposta correta. Essa correção, como já salientamos, não significa uma resposta verdadeira no sentido clássico das ciências naturais, mas sim, em termos habermasianos, uma resposta racional e plausivelmente aceitável por todos os afetados por ela, mediante um procedimento de livre argumentação.

Voltando, por fim, a Habermas e a Günther, aludiremos ao chamado *modelo da correia de transmissão*, entre direito legislativamente justificado e decisão jurisdicional (HABERMAS; GÜNTHER *apud* MEYER, 2006, p. 346-350).

Para esse modelo, haveria uma polia maior, representativa dos princípios que a comunidade política assume, no âmbito da Constituição; uma segunda polia, de menor tamanho, compreenderia os discursos jurídicos de justificação, isto é, o complexo formado por discursos pragmáticos, éticos e morais, consistindo, assim, em argumentos de princípio e também em argumentos de política; a correia que ligaria essas duas polias seria a institucionalização dos devidos procedimentos democráticos de formação discursiva/argumentativa da opinião e da vontade voltados para a produção legislativa; uma terceira polia, ainda menor que a segunda, representaria os discursos jurídicos de aplicação das normas aos casos concretos levados à análise do poder judicial, não cabendo mais, aqui, os argumentos de política, mas apenas os argumentos de princípio; a correia que ligaria a segunda à terceira polia seria a institucionalização dos devidos procedimentos de participação argumentativa nos processos de tomada de decisão judicial.

Com o modelo habermasiano/güntheriano da correia de transmissão (MEYER, 2006, p. 346-350), seria possível pressupor a coerência idealmente exigida por uma ordem jurídica que se pretende legítima, desde a promulgação da Constituição até a aplicação jurídica casos concretos.

5 – Considerações finais

Finalizando nossas reflexões, podemos, com base no aqui exposto, proceder a uma consideração central para o pensamento de Jürgen Habermas (*apud* MEYER, 2006, p. 160-161).

Tendo concluído pela eqüiprimordialidade e pela co-originariedade das autonomias pública e privada, Habermas defende também a tese da coesão interna entre direito e democracia. Ao invés da velha dicotomia entre ambos, apresentada pelas doutrinas tradicionais, e estando o direito moderno despido de suas vestes transcendentais, a única maneira possível para que ele possa pretender legitimidade é que os destinatários da norma possam reconhecer-se como seus co-autores; ou seja, para ser legítimo, é preciso que o direito seja produzido de maneira democrática. Por seu turno, as democracias modernas não se podem querer apoiar em costumes compartilhados ou em substratos éticos tradicionais; para que sejam legítimas, é necessário que se apoiem no e se constituam a partir do *medium* do direito moderno (HABERMAS *apud* CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 62).

Assim sendo, é que buscamos contribuir com a presente pesquisa para uma reflexão sobre o tema do Poder Constituinte e a legitimidade do direito na modernidade, a partir do diálogo com autores centrais para o debate filosófico e jurídico-constitucional. Estamos cientes das limitações presentes em nossas investigações, mas é certo que também dos desafios que esse tema apresenta, não apenas hoje, mas ao longo de toda a história do constitucionalismo moderno.

6 - Referências bibliográficas

- ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Trad. Mauro W. Barbosa. 5ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2005. 348 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208 p.
- _____. Coesão interna entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. Cap. 5, p. 171-188.
- _____. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional: o projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. 101 p.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. *As Sentenças Intermediárias no Marco de uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade ao Paradigma Procedimentalista do Estado Democrático de Direito*. 2006. 433 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 116 p.

