

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**TEORIA CONSTITUCIONAL**

**GISELA MARIA BESTER**

**MARCUS FIRMINO SANTIAGO**

**MENELICK DE CARVALHO NETTO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

---

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-202-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



**CONPEDI**

Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito

# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## TEORIA CONSTITUCIONAL

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho Teoria Constitucional congregou, no dia 8 de julho de 2016, na sala AT04 da Faculdade de Direito da UnB, a apresentação dos treze trabalhos nele aprovados, bem como debates subsequentes entre os e as presentes.

Os artigos apresentados e ora publicados contemplam diferentes e relevantes aspectos da teoria constitucional contemporânea. A mutação constitucional é o marco teórico de três estudos, que abordam temas como a tensão entre as mudanças interpretativas e o fortalecimento normativo constitucional; a releitura das regras sobre imunidade parlamentar feita pelo Supremo Tribunal Federal; e novamente uma análise de precedente desta Corte, na celeuma referente ao princípio da presunção de inocência e à correlata garantia constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Reflexões sobre o poder constituinte fornecem as bases para, em um momento, discutir os limites ao poder de reforma e a necessidade de equilíbrio entre reforma e conservação do texto constitucional; e, em outro, contemplar as teorias de John Rawls e de Jürgen Habermas e suas contribuições na busca pela formação de uma base consensual capaz de legitimar o constructo constitucional.

A jurisdição constitucional e o papel do Poder Judiciário são abordados sob três aspectos: uma crítica, à luz da teoria luhmaniana, à prática do STF acerca da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade; uma análise do ativismo judicial e do desequilíbrio presente nas relações institucionais; e uma defesa do sistema de controle difuso de constitucionalidade diante da especial abertura participativa que este proporciona.

Questões referentes ao modelo constitucional brasileiro são contempladas em três outros artigos: a história constitucional é revisitada, em um resgate do processo constituinte brasileiro de 1987/88, na busca dos fundamentos acerca do sistema de veto presidencial; os limites e as condições para exercício da liberdade de iniciativa previstos na Constituição Federal de 1988 são estudados à luz dos preceitos do neoconstitucionalismo; e as relações federativas restam discutidas a partir de uma perspectiva realista, em busca dos elementos e agentes reais que contribuem para o acontecer - ou a frustração - do modelo constitucional.

A realidade latino-americana não fica de fora, sendo lembrada e discutida em texto que aborda a ainda recente Constituição boliviana e a experiência do seu previsto tribunal indígena, em busca de uma melhor compreensão acerca desta instituição e de sua possível influência no sistema brasileiro.

A correlação entre Estado e crise é também abordada em um dos artigos apresentados.

Nos debates, em perspectiva crítica ao "status quo" reinante no atual cenário jurídico-político-institucional brasileiro, fez-se, em sintonia das diversas manifestações, uma reafirmação da defesa da força normativa da Constituição de 1988, em toda a sua riqueza de conteúdos que não podem ser flexibilizados, ignorados ou ultrapassados, nem mesmo pelo STF, em prejuízo do sistema de direitos e garantias instituído pelo constituinte originário.

Brasília, DF, 10 de julho de 2016.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto - PPGD UnB

Profa. Dra. Gisela Maria Bester - PPGD UNOESC

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal / PPGD Instituto Brasiliense de Direito Público

## **A INFLUÊNCIA DAS TEORIAS DE RAWLS E DE HABERMAS EM RELAÇÃO À LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER CONSTITUINTE**

### **THE INFLUENCE OF THEORIES OF RAWLS AND HABERMAS THROUGH THE LEGITIMACY OF THE EXERCISE OS THE CONSTITUENT CONVENTION**

**Ricardo Utrabo Pereira <sup>1</sup>**  
**Alana Fagundes Valério <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

Este artigo visa analisar um tema de grande relevância na teoria constitucional: o Poder Constituinte e a sua legitimidade perante a sociedade. O Poder Constituinte, em um processo democrático, é a manifestação dos valores elencados como essenciais que nortearão uma sociedade. Para realizar tal análise, abordaremos a influência da Teoria de Justiça, elaborada por John Rawls, e a Teoria Discursiva, ordenada por Jürgen Habermas, a fim de refletir a respeito da legitimação do discurso jurídico que se baseia em escolhas éticas coletivas que influenciam o exercício do Poder Constituinte, por intermédio do método histórico-analítico.

**Palavras-chave:** Teoria constitucional, Poder constituinte, Supremacia da constituição

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to analyze a very important issue in constitutional theory: the constituent convention and its legitimacy at society. The constituent power, in a democratic process, is the manifestation of the listed values as essential that will guide a society. To perform this analysis, we discuss the influence of Justice Theory, developed by John Rawls, and the Discourse Theory, ordered by Jürgen Habermas in order to reflect on the legitimacy of legal discourse that is based on collective ethical choices that influence the exercise of Constituent power, through the historical- analytical method.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Constitutional theory, Constituent convention, Supremacy of the constitution

---

<sup>1</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, campus Jacarezinho; Assessor Jurídico no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

<sup>2</sup> Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, campus Jacarezinho; Advogada.

## **INTRODUÇÃO**

Para compreender os processos de criação e transformação das Constituições, é necessário realizar um estudo sobre o poder responsável por estes processos, qual seja: o Poder Constituinte. Nestes termos, para que seja assimilada a atual concepção do Poder Constituinte revela-se pertinente compreender o Direito Constitucional sob a perspectiva de problematizações jurídico-políticas apontadas pelo movimento constitucional contemporâneo.

Para isso, é preciso investigar a influência das teorias constitucionais modernas na democracia constitucional e, mediante reflexões, estabelecer formas de assegurar e oferecer uma sistematização constitucional apta a elaborar um modelo constitucional de acordo com os ideais mais modernos de justiça e democracia, legitimados por aqueles que serão alcançados por esse modelo constitucional, a própria sociedade.

Entretanto, tomando por base a dificuldade encontrada em relação às possibilidades de consenso sobre direitos e princípios de justiça, a necessidade de uma construção democrática em busca destes se revela necessária. Por isso, coube uma análise sobre a Teoria de Justiça, elaborada por John Rawls, e a Teoria Discursiva elaborada por Jürgen Habermas, que aparentemente antagônicas, procuram legitimar o exercício do Poder Constituinte.

Para a realização deste artigo, a metodologia escolhida e utilizada foi a histórico-analítica. Histórico, pois a compreensão do tema depende do conhecimento da evolução histórica do mesmo, no caso, a construção do Poder Constituinte, o que possibilita a identificação da lógica do seu desenvolvimento. E analítica, uma vez que abordamos questões atinentes a Teoria de Justiça de Rawls e a Teoria Discursiva de Habermas e estabelecemos os seus reflexos no que tange a legitimidade do exercício do Poder Constituinte.

O primeiro tópico deste artigo versou a respeito do Poder Constituinte, analisando a sua legitimidade, titularidade, poderes e limites. A seguir, discorreu-se a respeito da Supremacia da Constituição diante do Ordenamento Jurídico, e o fundamento da superconstitucionalidade. Por fim, encerramos o trabalho apresentando as teorias de Rawls e Habermas e suas contribuições quando tratamos de Poder Constituinte.

## **1 O PODER CONSTITUINTE**

A compreensão do poder constituinte envolve questões da filosofia, da política, da teoria da constituição e do direito constitucional. Sob a ótica do direito constitucional moderno, pode-se afirmar que Sieyès realizou fundamental contribuição à história do direito

ao elaborar a obra “*Qu’est-ce que le tiers État?*”, tendo sido aclamado por muitos como a representação do “manifesto da Revolução Francesa” traduzido sob o nome “Que é terceiro Estado?” (LOPES, 1993, p. 45).

Com a referida obra Sieyès aponta, resumidamente, que o terceiro Estado corresponde ao conjunto de cidadãos que representam uma nação, submetidos a uma ordem comum e capaz de sobreviver sem a presença da nobreza e do clero, (classes estas que participavam do governo francês até então), ao contrário do povo em geral. Por isso, aponta que a pretensão do terceiro Estado é a de possuir representantes vindos de suas ordens e capazes de interpretar e defender seus interesses (LOPES, 1993, p. 46).

Com o objetivo de fundamentar juridicamente estas reivindicações, o abade Sieyès desenvolveu a construção de um novo modelo de formação da representatividade no governo, distinguindo, pela primeira vez, Poder Constituinte dos poderes constituídos (LOPES, 1993, p. 46).

Nestes termos, elaborou pensamento elementar para a teoria constitucional ao separar os poderes mencionados, pois o Poder Constituinte representa a manifestação do poder da nação, ilimitado, exceto pelos princípios de ordem natural, e o poder constituído consiste no poder decorrente (ou delegado) da Constituição e por esta limitado (VIEIRA, 1999, p. 46).

Isto desencadeia o dever de submissão da vontade governamental à vontade da nação, expressa pela assembleia nacional constituinte.

Contudo, realizado questionamento acerca de uma eventual necessidade de correção ou aperfeiçoamento da Constituição, Sieyès, em um primeiro momento, limitou-se a afirmar que a medida adequada para a correção seria exclusivamente por intermédio de uma nova manifestação do poder constituinte (VIEIRA, 1999, p. 47), o que é uma medida insatisfatória, uma vez que a previsão de correção e de aperfeiçoamento das Constituições é necessária para possibilitar o autogoverno das futuras gerações (VIEIRA, 1999, p. 232).

Ademais, se o constituinte atribuir rigidez absoluta à Constituição, e não somente a um cerne, o constituinte estará sendo prepotente com as futuras gerações, violando princípios como a igualdade e a liberdade, o que recairá no resultado natural de promover o início à erosão da obra à qual se pretende preservar (VIEIRA, 1999, p. 232). Tanto é verdade que a Constituição Francesa de 1791 foi revogada logo após pela Constituição de 1793 (a Constituição jacobina), a qual passou a prever a possibilidade de revisão e reforma da constituição, em seu art. 28 (LOPES, 1993, p. 118).

Neste sentido Jefferson, ao elaborar a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, confere ao povo o direito de abolir um governo, instituindo novos

guardiões para sua futura segurança, sempre que se averiguar a existência de um despotismo absoluto, de tal forma que o próprio Jefferson formulou a ideia de que, a cada dezenove anos, deveria ser realizada uma nova convenção destinada a estabelecer uma nova Constituição, estabelecendo-se o fruto da vontade popular (VIEIRA, 1999, p. 45), embora a própria Constituição norte americana se trate da Constituição nacional escrita mais antiga em uso.

Deve-se acrescentar que o texto constitucional sempre deve ter por base que o texto construído se revela como um patamar mínimo a ser respeitado. Todavia, isso não impede que seja realizado aperfeiçoamento, desde que este não implique em supressão ou restrição dos demais valores protegidos como cláusulas superconstitucionais (VIEIRA, 1999, p. 236).

Isto posto, o exercício do poder constituinte não deve se exaurir na criação da Constituição. Ele deve ter a possibilidade de se prostrar no tempo, para o exercício constitucional e democrático das gerações futuras, motivo pelo qual existe a distinção entre o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado.<sup>1</sup>

Destaca-se que há grande controvérsia acerca da legitimidade e da titularidade do poder constituinte, em especial porque a discussão guarda relação com a discussão acerca da soberania nacional e o respectivo titular, a qual passa a ser exercida pelo povo, por forte influência da doutrina de John Locke e de Jean Jaques Rousseau (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 94).

Existe praticamente unanimidade na doutrina em se afirmar que o titular do poder constituinte é o povo, mas a concepção jurídica e política podem influenciar sobremaneira sobre o conceito e a amplitude que deve ser tomada como povo. Em termos modernos, observa-se o conceito adotado por Canotilho (2003, p. 66), o qual conceitua povo como uma “grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, ideias crenças e valores, plurais, convergentes ou conflituantes.”

E como será visto ao longo do trabalho, em especial sob a influência de Habermas, o povo não se trata somente de homens e mulheres, mas sim de uma plurissubjetividade capaz de definir, propor e defender ideias.

Esta amplitude é de grande relevância, pois, ao longo do tempo, a experiência histórica constitucional demonstrou a necessidade de estabelecer mecanismos que possibilitem a correção de rumo, sem a necessidade de se estabelecer uma nova assembleia

---

<sup>1</sup> Utiliza-se a nomenclatura poder constituinte derivado, não obstante seja reconhecida a existência de controvérsia acerca da mais adequada nomenclatura deste poder, por não ser a finalidade do presente trabalho acadêmico, apontando-se a existência de outras nomenclaturas utilizadas, tais como: de segundo grau, constituído, remanescente, instituído, entre outras.



nacional constituinte, o que se observa na existência e desenvolvimento do poder de reforma constitucional.

Por isso, segundo a doutrina majoritária brasileira, ao se analisar a sistemática da Constituição de 1988, pode se afirmar a existência de um poder derivado, o qual consiste em um gênero, que abrange duas espécies: poder de emenda constitucional e o poder revisor.

Em breve explanação, o poder constituinte derivado ou constituído corresponde às formas estabelecidas explicitamente pela Constituição Brasileira de 1988 destinadas a realizar qualquer espécie de alteração constitucional, nos limites permitidos pela própria Constituição.

A via permanente de reforma constitucional corresponde ao poder de emenda, que consiste no meio ordinário e normal de introdução de novas regras constitucionais, podendo ser realizado de acordo com os procedimentos e limitações previstos pelo art. 60 da Constituição (BONAVIDES, 2015, p. 212).

Já, o poder revisor corresponde à via extraordinária de reforma constitucional e tem, por função, realizar eventual retificação ou reformulação de dispositivos constitucionais nos termos previstos no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o que já foi realizado entre os anos de 1993 e 1994, tratando-se de figura transitória, já exaurida (BONAVIDES, 2015, p. 214).

Para o presente trabalho, confere-se especial destaque ao papel exercido pelo poder de emenda, o qual se trata de poder instituído, regulado e limitado pela Constituição, destinado a garantir a supremacia desta, assim como a manutenção da ordem estabelecida mediante adaptação aos anseios das gerações futuras (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 106-107).

A possibilidade e a forma que o poder constituinte realiza a correção e o aperfeiçoamento da Constituição varia de acordo com o processo admitido para sua reforma, o que pode ser classificado de várias formas. Dentre as diversas hipóteses de classificações, existe a classificação quanto à estabilidade, teorizada inicialmente por James Bryce, o que varia de acordo com a dificuldade de alteração da norma constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 55).

Inicialmente, é possível observar na história a existência de Constituições que tinham a pretensão de se tornarem imutáveis, o que era fruto da crença de que só existe uma atividade constituinte, decorrente de uma atividade divina, fonte última de todo o direito. Em termos históricos, aparentemente o Código de Hamurábi representou a expressão mais intensa do objetivo de perenidade, prevendo pragas, guerras e situações de tumulto e revolta voltadas contra o governante que alterasse o referido código (SAMPAIO, 1995, p. 49).

Contudo, a história se incumbiu de demonstrar que a definitividade e imutabilidade das constituições consiste em um engano, de tal forma que conferir algum tipo de flexibilidade à Constituição representa um amadurecimento constitucional (SAMPAIO, 1995, p. 49).

Em concepção totalmente oposta às Constituições imutáveis encontram-se as Constituições flexíveis, também designadas de constituições legais, que são aquelas que não exigem nenhum procedimento especial para sua alteração, podendo ser alteradas pelo processo legislativo ordinário, sendo que eventuais colisões entre normas constitucionais e normas legais são solucionadas pelo critério cronológico, inexistindo hierarquia formal entre a constituição e a legislação ordinária (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 57).

Contudo há Constituições que possuem um procedimento diferenciado das leis ordinárias para que seja admitida sua alteração. São as Constituições rígidas, semi-rígidas e super-rígidas.

As Constituições rígidas são aquelas que só poderão ser alteradas por um procedimento especial diverso do procedimento comum legislativo, tratando-se de um procedimento de elaboração mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais leis. Esta característica, qual seja, a rigidez, é um dos principais elementos para a garantia da supremacia formal das normas constitucionais sobre as leis infraconstitucionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 55).

Por outro lado, existem as Constituições semi-rígidas que consistem naquelas que possuem uma parte flexível e outra rígida, ou seja, aquelas que possuem dispositivos que podem ser alterados pelo procedimento comum legislativo e outros que exigem procedimento especial para alteração, podendo-se citar como exemplo a Constituição brasileira de 1824, cujo art. 178 dispunha:

É só constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.

Por fim, parte da doutrina menciona a existência das denominadas Constituições super-rígidas (MORAES, 2009, p.10) as quais se configuram por exigir não apenas um processo diferenciado para sua modificação, bem como, por possuírem um cerne imutável, as denominadas cláusulas superconstitucionais ou pétreas. Para os que seguem esta posição seria o caso da Constituição brasileira de 1988 em razão do art. 60, §4.

## 2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A principal característica que diferencia o constitucionalismo moderno do constitucionalismo clássico diz respeito ao fato da lei superior não mais resultar da vontade divina, mas sim do consentimento dos indivíduos, sendo que, somente através do pacto social é que se constituirá o governo, o qual terá o dever de respeitar os direitos e limites impostos (VIEIRA, 1999, p. 36).

Na seara do constitucionalismo moderno, as influências de Locke pressupõem a premissa fundamental de que os indivíduos são autônomos, todavia, ainda que haja um pacto, estes estarão impedidos de atingir determinados valores que precedam qualquer tipo de processo deliberativo, caracterizando-se assim os valores jusnaturalistas que influenciaram algumas das Constituições modernas (VIEIRA, 1999, p. 38).

A compreensão de que as Constituições devem guardar lugar hierarquicamente superior em relação às demais decisões políticas (em geral, leis ordinárias), decorrentes da conta dos representantes do povo reunidos no Parlamento, surge simultaneamente na França e nos Estados Unidos da América, no século XVIII, as quais foram influenciadas pelos ideais propostos por Locke, decorrentes do direito natural e da teoria do contrato social, que se constituem como fundamentos relevantes para justificar a supremacia da Constituição (BARROSO, 2001, p. 21).

Seguindo estas teorias, o abade Sieyès formulou uma construção visando justificar as reivindicações das da classe burguesa, buscando fora do ordenamento jurídico positivo um direito superior, correspondendo ao direito natural do povo em se autoconstituir e elaborar sua própria ordem jurídica, tudo sub a influência do iluminismo, do contratualismo, do liberalismo e do contrato social (LOPES, 1993, p. 45).

Contudo, Sieyès enfrentou grande desafio ao justificar que a Constituição exerce supremacia por ser resultado da soberania popular, sob a justificativa de que os delegados constituintes representam a nação enquanto poder constituinte. Revela-se, desta forma, uma superioridade automática da Constituição sobre outras leis e sobre os governantes. Todavia tal justificativa apresenta uma falha por não apresentar nenhum fundamento efetivo capaz de esclarecer a hierarquia da Constituição (VIEIRA, 1999, p. 222-223).

Já, Madison e Ackerman ao elaborarem a tese acerca da constituição americana, apresentam a teoria do dualismo político, apontando que a Constituição possui qualidade ética de discussão e deliberação política superior, em face do processo pluralista que marca a

política cotidiana, bem como o processo sob o qual foi submetida a Constituição norte americana (VIEIRA, 1999, p. 223).

Ressalte-se que a Constituição norte americana possui influência tão incisiva do direito natural, que nem sequer traz em seu corpo uma carta de direitos ou garantias individuais e fundamentais, por serem presumidos.

Contudo, apesar dos relevantes argumentos estabelecidos, Hume elabora críticas em relação ao uso da racionalidade decorrente de um contrato social para a construção de um direito natural, pois o contrato nem sequer existiu, e serve apenas para mistificar o exercício do poder. Ademais, Hume aponta que os direitos naturais são derivados de convenções e não, efetivamente, naturais (VIEIRA, 1999, p. 39).

Nestes termos, o que se observa é que Hume estabeleceu questionamentos que não foram respondidos a contento, de tal forma que os ideais contratualistas capitaneados por Locke, não se recuperaram completamente das críticas de Hume (VIEIRA, 1999, p. 39).

Dentro deste contexto, Barroso (2001, p. 22-23) aponta que, paradoxalmente, a consolidação dos princípios jusnaturalistas em textos escritos, especialmente os constitucionais, simbolizaram a vitória do seu direito natural, com o seu conseqüente apogeu, mas também, a sua derrocada histórica, pois com os ideais jusnaturalistas incorporados aos ordenamentos positivos, passaram a ser mencionados como anticientíficos porque de origem metafísica.

Conjuntamente à superação do modelo jusnaturalista, passou a ocorrer o desenvolvimento do positivismo jurídico, decorrente de uma idealização do conhecimento científico, distante da ética e da moral, sendo o direito representado pela norma, ou seja atos estatais, imperativos e coativos (BARROSO, 2001, p. 24).

Contudo, o positivismo passou a sofrer severas críticas, havendo a superação do ideal racionalista e normativista, pois o direito, ao contrário de outras ciências, não possui condição de somente prescrever formalidades em leis e compreender qualquer situação da realidade fática, tanto é que a ascensão do fascismo e do nazismo ocorreu dentro do quadro de legalidades positivistas (BARROSO, 2001, p. 25-26).

Com a superação do jusnaturalismo e do positivismo abriu-se caminho para um conjunto amplo e reflexivo acerca do Direito, denominado, ao menos provisoriamente de pós-positivismo, que corresponde a um ideal difuso que abrange a forma da relação entre valores, princípios e regras, reaproximando o direito de valores éticos e morais, bem como de uma nova hermenêutica constitucional (BARROSO, 2001, p. 26-27).

Dentro deste contexto, observa-se a abertura para a elaboração de questionamentos relacionados a justiça e legitimidade, havendo pertinência temática para o desenvolvimento de teorias capazes de justificar a existência de cláusulas superconstitucionais, assim como para justificar a elaboração de uma Constituição, e ainda, a legitimidade democrática daqueles que a elaboram.

De qualquer forma, a superação do modelo jusnaturalista e contratualista, assim como do modelo positivista, não justifica a dispensa de todas as ideais e dos fundamentos utilizados para fundamentar as Constituições, sendo possível observar que algumas teorias são reutilizadas, com uma nova roupagem e devidamente reestruturadas.

Essa reestruturação pode ser constatada, como será visto a seguir. Uma das circunstâncias decorre do fato da teoria do contrato social servir como supedâneo para a teoria da justiça de Rawls. Ademais, também é possível observar que a tese de Madison e Ackerman antecipa a ideia de condições ideais de deliberação “como ambiente propício para se decidir questões moralmente relevantes como os princípios de justiça de Rawls ou a situação discursiva de Habermas.” (VIEIRA, 1999, p. 39).

Citando Carl Schmitt, Lopes (1993, p. 132) alerta que a decisão política prevista na Constituição, apesar de admitir reformas e aperfeiçoamento não pode admitir a realização de uma reconstrução contrária ao seu próprio sujeito, capaz de destruir sua existência política fundamental, ou ainda, sua própria identidade, de tal forma que determinada base de conteúdo da decisão política que estabelece uma Constituição deve ser mantida.

E prosseguindo em seu raciocínio, Lopes (1993, p. 133) aponta que:

[...] sempre que o Poder Constituinte de revisão atua, conjuntamente com ele, e silenciosamente, atua o Poder Constituinte originário. Essa atuação se faz por regras-limites àquele. A previsão de cláusulas pétreas – de imodificabilidade constitucional – se implica diretamente numa limitação ao exercício revisional ou de emendas, indiretamente implica numa confirmação do Poder originário daqueles valores, daí o sentido de permanência do Poder Constituinte.

Dentro deste contexto, observa-se que diversas Constituições, dentre elas a brasileira, possuem dispositivos superconstitucionais, também denominados de cláusulas pétreas.

Essas cláusulas podem assumir condições expressas ou implícitas, estando as expressas previstas na própria Constituição, sendo que as implícitas decorrem de uma coerência lógica de conformidade do sistema constitucional, para que não sejam alteradas cláusulas substanciais da Constituição.

Na Constituição brasileira, observam-se os limites materiais explícitos no art. 60, §4º, havendo um rol amplo de princípios fundamentais protegidos, dentre eles: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Já os limites materiais implícitos não são tão abrangentes, uma vez que um rol consistente de princípios fundamentais já foi consagrado dentre os limites materiais explícitos, merecendo menção especial o princípio da dignidade da pessoa humana, por força do seu lugar privilegiado dentre os princípios fundamentais que conferem sustentação ao Estado Democrático de Direito, bem como a impossibilidade de supressão da forma republicana de governo e do sistema presidencialista, ou ainda a vedação à redução ou supressão do rol de vedações materiais explícita, previstas no art. 60, §4º (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 124-126).

Assim como a supremacia da Constituição, a superconstitucionalidade depende de um fundamento de validade que possa ser aceito racionalmente, pois exerce um papel limitador do poder de cada geração, impedindo a alteração da Constituição naquilo que for estabelecido com tal característica.

O principal fundamento de validade destas cláusulas constitucionais intangíveis depende do fato destas servirem como elementos estruturantes, aptos para habilitar e favorecer os cidadãos para se constituírem em uma sociedade igualitária, autônoma e de direito (VIEIRA, 1999, p. 225).

Se as referidas cláusulas forem utilizadas como instrumento de bloqueio, e não como elementos que viabilizem a evolução da sociedade democrática, sem colocar em risco as liberdades de autonomia e participação, bem como os direitos essenciais para uma sobrevivência digna, estas deixarão de cumprir sua função, passando a exercer papel antidemocrático (VIEIRA, 1999, p. 225).

Nestes termos, a condição de legitimidade da superconstitucionalidade é extraída da capacidade de compreensão daquilo que é reputado como fundamental para a preservação da dignidade e da autonomia pública e privada dos cidadãos (VIEIRA, 1999, p. 227).

### **3 A CONTRIBUIÇÃO DAS TEORIAS DE RAWLS E HABERMAS NO TOCANTE AO PODER CONSTITUINTE**

A questão acerca da titularidade e da legitimidade do poder constituinte, ou seja, a quem pertence este poder, constitui uma grande e complexa controvérsia, sendo a discussão

estabelecida acerca de quem detém o poder de criar e impor uma nova Constituição para uma comunidade política (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 92).

Para responder a essa indagação, recorreremos a filosofia constitucional moderna, através de Rawls e Habermas.

A filosofia constitucional moderna (termo apresentado ao Brasil através da profa. Gisele G. Cittadino em 1999) vide (LOIS, 2005, p. 122), tem como objetivo estabelecer uma democracia constitucional, sendo a área onde se institui análises e reflexões no tocante as relações entre Democracia, Constituição, Estado, Sistemas de Justiça e Direito. É tarefa desta área propor formas de assegurar e oferecer uma normatização jurídica para as demandas da justiça, além uma sistematização de princípios, direitos e garantias fundamentais nas Constituições.

Por esta razão, verifica-se imprescindível para a análise de temas como Poder Constituinte e Supremacia da Constituição, que busquemos a filosofia constitucional para estabelecer um modelo constitucional cada vez mais adequado às necessidades da sociedade moderna.

Tendo em vista estes objetivos, a filosofia constitucional moderna possui como expoente John Rawls, com sua teoria de justiça que se baseia no contratualismo, mas que inova ao apresentar uma concepção de justiça que aplicada a estrutura básica de sociedade, resultaria no que o autor denomina como “sociedade bem ordenada”, (PINTO, 1994, p. 119).

Para Lois, ao citar Rawls, esta explica que:

As características necessárias para compor tal pauta de estabilidade seriam, segundo o autor, os traços políticos comuns presentes numa sociedade democrática que, por estarem associados a uma tradição democrática, devem ser reconhecidos por todos os seus membros como fundamentais e fundantes. (LOIS, Cecília Caballero, 2005, p. 133)

Em contraponto à teoria de Justiça de Rawls, Jürgen Habermas apoia sua teoria em um modelo de democracia constitucional em que o discurso é a ferramenta para estabelecer procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e da vontade, construindo uma concepção de Justiça distinta da apresentada por Rawls.

Tanto Habermas como Rawls partilham da máxima kantiana da prioridade do justo sobre o bem, e partindo desta premissa que buscam a melhor interpretação para atender as demandas da democracia constitucional. Ambas as teorias são fundamentais ao estabelecer suas contribuições no que tange ao Poder Constituinte.

Como dito anteriormente, a teoria apresentada por Rawls em *Uma Teoria da Justiça* (1997, p. 12), tem como escopo o modelo de contrato social trazido por Locke, Kant e Rousseau nos séculos XVIII e XIX. Nesta obra, Rawls apresenta uma concepção de justiça procedimental, pressupondo que com o enfraquecimento do discurso do direito natural trazido por Locke, a neutralidade encontrada na formação dessa concepção de Justiça tornaria possível a sua aplicabilidade universal.

Desta maneira, Rawls formulou uma teoria que sustenta a necessidade de um critério de justiça com o intuito de estabelecer uma “sociedade bem ordenada” (termo utilizado pelo autor). Rawls acredita que a sociedade é assentada nas vantagens da cooperação, levados a tal por razões individualistas de associação política, o que implica, invariavelmente, em conflitos de interesses, que serão transpostos em suas Constituições.

Para sanar estes conflitos, os princípios de Justiça apresentados por Rawls seriam o fundamento para a neutralização dos confrontos, uma vez que esses princípios seriam de consenso entre toda a população. Os conteúdos desses princípios são, conforme Luzia, M. da Silva Cabral Pinto (1994, p. 106) o direito igual ao mais amplo sistema de liberdades básicas (princípio da liberdade e igualdade) e, desigualdades sociais e econômicas estruturadas de maneira que contribuam de melhor forma para os menos favorecidos, (princípio da diferença) além de estabelecer que a justiça como imparcialidade a todos.

Estes princípios seriam observados também quando exercido o Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado. Além disso, os limites determinados por esses princípios produzirão o sistema estabelecido aos poderes constitucionais do governo que se instituirá e os direitos fundamentais que aquela sociedade gozará.

A importância da teoria de justiça de Rawls encontra-se exatamente neste aspecto: Uma vez que formados consensos sobre os princípios básicos de justiça, apoiados pelos cidadãos em condições de igualdade e gozando das mesmas liberdades, haverá a legitimação da Constituição promulgada e conseqüentemente, do poder político. Logo, solucionando o problema da legitimação do Poder Constituinte em seu exercício.

A contribuição de Habermas neste tema inicia-se com a proposta de institucionalizar o princípio do discurso, na obra *Direito e Democracia*, pois crê que neste caminho, o Poder Constituinte caminharia para uma formalização, através da prática do discurso, conforme trecho a seguir, Habermas elucida o papel do discurso na prática constituinte:

[...] prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se destinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reinterada, no decorrer das posteriores



aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. (HABERMAS, Jurguen, 2003, p.167).

Além disso, Habermas contribui ao criticar a teoria de Rawls quanto à aplicabilidade do sistema proposto. Habermas, citado por Lois (2005, p. 137), aponta ser inviável, diante uma sociedade que diariamente sofre transformações, que qualquer direito hoje considerado aplicável, pode deixar de ser, e assim, o sistema de Rawls cristalizaria esses direitos, fazendo com que a própria Constituição corra o risco de não manifestar os anseios da sociedade atual e sim, da que a antecedeu.

No entanto, como demonstrado por Vieira, (1999, p. 224), além de apresentar o conceito de justiça como equidade, Rawls contribuiu para a teoria constitucional ao tratar da intangibilidade de algumas cláusulas da Constituição, pois demonstrou que não há necessidade em recorrer a princípios que não possam ser justificados racionalmente através da ética e da superioridade dos direitos fundamentais, não deixando margem para o discurso jusnaturalista.

A teoria discursiva de Habermas desenvolveu-se de forma independente, mas também como uma crítica à teoria apresentada por Rawls. Inicialmente, Habermas apresentou a hipótese de um consenso racional, assim como Rawls, entretanto, tendo como alicerce, interesses universalizáveis, coletivos, e não individualistas.

Para a solução da legitimação das relações jurídicas estabelecidas, Habermas propõe, assim como Rawls, a necessidade de um consenso entre os cidadãos, porém, esse consenso se estabelecerá por meio de uma vontade formada através da argumentação racional, pois através do discurso e deliberação, o consenso nasceria sobre os interesses universalizáveis (termo utilizado por Habermas) interpretados da maneira mais adequada a aquele grupo.

Conforme aduz Pinto (1994, p. 130), para Habermas, o discurso sem qualquer constrangimento, ou deturpação pressupõe uma sociedade emancipada, tendo como princípio a organização e a formação de seus anseios através da discussão e o consenso, que será utilizado como critério de verdade.

Desta maneira, Habermas busca construir um sistema de direitos a partir da coletividade, em um espaço de liberdade e igualdade aonde a argumentação seja a ferramenta de coerção para estabelecer as diretrizes que fundamentarão a Constituição.

Habermas, extraído da obra “*Debate sobre el liberalismo político*”, (1998), na qual debate com Rawls a respeito de sua teoria de justiça, considera inadequada a colocação dos direitos básicos liberais sobre o princípio democrático de legitimação, como Rawls traça em sua teoria.

Assim, Habermas acredita que a revisão do sistema de direitos é possível, facultando mudanças na sua estrutura se a soberania popular assim o desejar, não esbarrando em direitos individuais, pois crê que os direitos básicos não são metafísicos, e sim, uma consequência da decisão dos cidadãos de regular, de forma legítima, suas vidas através do direito positivado.

Para concluir, Habermas também aponta como crítica a teoria de Rawls, de acordo com Cecilia Caballero Lois (2005, p. 136) que a construção de sua teoria atentou apenas ao processo que poderia formar racionalmente uma opinião e uma vontade, desenvolvendo a ideia de direitos a partir de sua institucionalização jurídica. Tal fato, não permitiria ver o processo democrático como um processo reconstrutivo, mas somente de construção fundante.

## **CONCLUSÃO**

Com tantas contribuições, fica nítida a importância de serem tratadas, mesmo de forma um tanto quanto superficial, diante do volume e da complexidade, estas duas teorias encontradas na filosofia constitucional moderna.

A teoria discursiva de Habermas tem seu conteúdo calcado no argumento, e o exercício disto se dá através do engajamento de toda a comunidade, tendo como escopo os direitos universalizáveis. Enquanto a teoria de justiça de Rawls, em síntese, busca um consenso entre todos os entes da comunidade para elencar quais direitos básicos individuais farão parte do núcleo tutelado pelo sistema democrático estabelecido.

Diante das questões discutidas no presente trabalho, observa-se a necessidade de encontrar caminhos que justifiquem e legitimem a governabilidade proposta em uma Constituição, pois somente com a formação de consensos sobre os sistemas de direitos e de justiça que os guiarão, mediante argumentação realizada por cidadãos em condições de igualdade e com as mesmas liberdades.

Assim, nota-se que a questão acerca da legitimidade do Poder Constituinte passa a obter novos contornos, não se tratando de um poder legitimado tão somente por representar uma nação, como fundamentou Sieyès, mas sim de um poder que deve ser exercido por cidadãos em condições adequadas para representar o povo, de acordo com os termos propostos por Rawls e Habermas, de tal forma que a titularidade do Poder Constituinte será exercida de forma mais igualitária, em especial, em uma sociedade tão pluralista como a que se observa hodiernamente.

Desta forma, conclui-se que a relação entre essas teorias apresentadas por Rawls e Habermas e o Poder Constituinte encontra-se na maneira em que esse instituto é legitimado.

Ou seja, se o Poder Constituinte tem como titular o próprio povo é necessário que a construção do sistema de direitos que tutelar suas relações seja legitimada por eles. Os sistemas propostos por Rawls e Habermas, mesmo que tomem caminhos aparentemente opostos, buscam o mesmo objetivo, qual seja, o de viabilizar a participação da comunidade em cada etapa da construção deste sistema, um através do contratualismo e outro através do discurso.

Seja em caráter originário ou derivado, o Poder Constituinte esbarra a todo o momento no embate: direitos universalizáveis *versus* direitos individuais. Contudo, não seria essa a discussão adequada, e sim, como extrair o melhor de todas essas teorias a fim de construir um sistema jurídico cada vez mais adequado as necessidades da sociedade moderna. O Poder Constituinte, deve ser, nada mais, nada menos, que a fiel manifestação do que os titulares deste poder anseiam, ou seja, independente do modelo adotado, que seja fundado nos interesses única e exclusivamente, do povo.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In: Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v 4, n 15, jan de 2001. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista15/revista15\\_11.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf)> Acesso em mar de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30 ed. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LOIS, Cecília Caballero. A filosofia constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas: um debate sobre as relações entre sistemas de justiça e sistemas de direitos. *In: Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 26, n. 50, ano 2005. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15188>> Acesso em mar de 2016.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HABERMAS, Jurguen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

HABERMAS, J.; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paidós, 1998.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. **O Poder de Reforma Constitucional**. 3 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TELLES, Lucio Feres da Silva. Poder Constituinte originário e seus limites. **Boletim de Direito Administrativo**. Ano XXIX, n. 11, p. 1191-1200, nov. 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e a sua Reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.