

**ENTRE A ESTRUTURAÇÃO DO PACTO FEDERATIVO
E A CRISE DO PODER CONSTITUINTE:
UMA ANÁLISE HABERMASIANA
DA LEGITIMAÇÃO CONSTITUCIONAL**

*João Guilherme Carvalho Silva**

Resumo: O presente artigo propõe-se a traçar uma análise reflexiva a respeito das bases teóricas do federalismo, utilizando-se, para isso, da discussão habermasiana em relação a crise do poder constituinte nas modernas democracias globais. Serão analisados, nesse sentido, os pressupostos teóricos que ensejaram a formação da noção contemporânea de pacto federativo, assim como os aspectos complexificadores advindos desse processo formativo. Em seguida, tece-se uma discussão sobre as causas da crise do poder constitucional e de como ela acaba por refletir no diapasão entre o pacto federativo simbólico e o federalismo propriamente dito, reproduzindo uma espécie de “casca institucional sem substância cívica”. Além disso, procura-se demonstrar o impacto decisivo desse federalismo simbólico sobre o modelo de tripartição dos poderes constituídos, notadamente no que se refere ao aprofundamento da permeabilidade de competências e o conseqüente diálogo constitucional, característica basilar do Estado autorizante (*Ermächtigungsgesetz*). Como conclusão, apresenta-se a noção plural de poder constituinte de Jürgen Habermas, tendo como pano de fundo o modelo da nova carta constitucional timorense e o seu recente arquétipo supranacional. Para esse propósito, buscou-se traçar uma análise do processo de esfera pública e de como esse conceito serviu de paradigma para a formação das principais propostas doutrinárias de legitimação constitucional, alcançando a sua máxima influência com a teoria da legitimidade constituinte plural defendida por Habermas.

Palavras-chave: Federalismo; Poder constituinte; Crise; Habermas; Legitimidade.

**BETWEEN THE STRUCTURING OF THE FEDERATIVE PACT
AND THE CRISIS OF CONSTITUENT POWER:
A HABERMASIAN ANALYSIS
OF CONSTITUTIONAL LEGITIMATION**

Abstract: The present article proposes to approach a reflexive analysis regarding the theoretical bases of federalism, using, for this, the Habermasian discussion in relation to the crisis of the constituent power in modern global democracies. In this sense, the theoretical assumptions that led to the formation of the contemporary notion of federative pact will be analyzed, as well as the complexifying aspects arising from this formative process. Then, a discussion is made about the causes of the crisis of constitutional power and how it ends up reflecting in the tuning fork between the symbolic federative pact and federalism itself, reproducing a kind of “institutional shell without civic substance”. Furthermore, it seeks to demonstrate the decisive impact of this symbolic federalism on the tripartite model of constituted powers, notably with regard to the deepening of the permeability of competences

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Brasil. Estagiário na Procuradoria da República em Pernambuco (PRPE-MPF). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7301-2406>. Contato: joao.guilhermecarvalho@ufpe.br.

and the consequent constitutional dialogue, a fundamental characteristic of the authorizing State (*Ermächtigungsgesetz*). In conclusion, Jürgen Habermas' plural notion of constituent power is presented, having as a background the model of the new Timorese constitutional charter and its supranational archetype. For this purpose, we sought to trace an analysis of the public sphere process and how this concept served as a paradigm for the formation of the main doctrinal proposals of constitutional legitimacy, reaching its maximum influence with the theory of plural constituent legitimacy defended by Habermas.

Keywords: Federalism; Constituent power; Crisis; Habermas; Legitimacy.

ENTRE LA ESTRUCTURACIÓN DEL PACTO FEDERATIVO Y LA CRISIS DEL PODER CONSTITUYENTE: UN ANÁLISIS HABERMASIANO DE LA LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL

Resumen: El presente artículo se propone abordar un análisis reflexivo en torno a las bases teóricas del federalismo, utilizando para ello la discusión habermasiana en relación a la crisis del poder constituyente en las democracias globales modernas. En este sentido, se analizarán los presupuestos teóricos que llevaron a la formación de la noción contemporánea de pacto federativo, así como los aspectos complejizantes derivados de este proceso formativo. Luego, se discute sobre las causas de la crisis del poder constitucional y cómo ésta termina reflejándose en el diapasón entre el pacto federativo simbólico y el federalismo mismo, reproduciendo una suerte de “caparazón institucional sin sustancia cívica”. Además, busca demostrar el impacto decisivo de este federalismo simbólico en el modelo tripartito de los poderes constituidos, especialmente en lo que se refiere a la profundización de la permeabilidad de las competencias y el consiguiente diálogo constitucional, característica fundamental del Estado autorizante (*Ermächtigungsgesetz*). Para concluir, se presenta la noción plural de poder constituyente de Jürgen Habermas, teniendo como trasfondo el modelo de la nueva carta constitucional timorese y su reciente arquetipo supranacional. Para ello, buscamos trazar un análisis del proceso de esfera pública y cómo este concepto sirvió de paradigma para la formación de las principales propuestas doctrinales de legitimidad constitucional, alcanzando su máxima influencia con la teoría de la legitimidad constituyente plural defendida por Habermas.

Palabras clave: Federalismo; Poder constituyente; Crisis; Habermas; Legitimidad.

1 O federalismo como modelo teórico

O federalismo não é um fenômeno natural unívoco, mas sim um complexo estrutural derivado de diversas construções históricas que se adaptaram à realidade político-social de cada Estado-Nação. Em sua primeira conceituação cosmopolita, pela via kantiana, o federalismo significaria uma busca universal pela paz, um esforço que demandaria a construção de um governo central com competências restritas, mas com a função de

preservar a harmonia. Nesse momento embrionário, Kant inaugura a tradição federalista com o simples escopo de tentar evitar a guerra¹.

O problema de uma constituição civil perfeita depende, por sua vez, de uma relação externa legal entre os Estados e não pode resolver-se sem esta última. (...) A natureza compele os estados (...) a sair do estado sem leis dos selvagens e ingressar numa liga de povos, onde cada Estado, inclusive o mais pequeno, poderia aguardar a sua segurança e o seu direito não do seu próprio poder ou da própria decisão jurídica, mas apenas dessa grande federação de nações (Foedus Amphyctyonum), de uma potência unificada e da decisão segundo leis da vontade unida.

Um poder unificado que lhe dá força; por conseguinte a introduzir um estado civil mundial de pública segurança estatal [einen weltbürgerlichen Zustand der öffentlichen Staatssicherheit], (...) que também não existe sem um princípio da igualdade das ações e reações, a fim de não se destruírem entre si.²

No entanto, foi com a sua concepção doutrinária mais tradicional, a norte-americana, é que se concebeu a ideia de uma limitação do poder central estatal, possibilitando uma integração maior dos entes formadores estatalistas³. Desta feita, passava-se a se preocupar eminentemente com possíveis conflitos entre as partes federativas, não só com os decorrentes de uma cisão política, mas sobretudo com aqueles provenientes de disputas econômicas. Origina-se daí a concepção de uma liga forte, estruturada por órgãos federativos que seriam responsáveis por dirimir conflitos.

A teoria federalista americana vai trazer algumas ideias inovadoras como a aquisição de uma maior força ao poder legislativo, pensando num sistema de freios e contrapesos, de modo a garantir um certo equilíbrio político⁴. Nesse sentido, o federalismo também começa a ser imaginado como uma forma de proteção do indivíduo: diante do abuso de poder dos governos centrais havia a necessidade de manter a autonomia do poder local⁵.

Temos, desse modo, um governo central que vai prevalecer soberano em determinadas matérias, mas de maneira restrita, delimitando expressamente quando e como

¹ KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua*. Lisboa: Edições 70, 1990.

² KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

³ LABANCA, Marcelo Corrêa de Araújo. *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2008.

⁴ LEMBO, Carolina Maria. *Federalismo e suas variantes: do modelo norte-americano à União Européia*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El federalista*. 2. ed., México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.

sua competência será disciplinada. Seria, portanto, “uma espécie de unidade dialética de tendências opostas: a tendência à unidade e a tendência à diversidade”⁶.

Do ponto de vista histórico, os confederalistas originários americanos perceberam desigualdades entre os Estados, concluindo haver um risco de insurreições domésticas⁷. Surgiam disputas políticas entre as colônias, de modo que havia um risco de desmembramento dessa nação. Trata-se de um modelo de força centrípeta, ou seja, que cada Estado tinha a sua autonomia, mas que eles se uniriam a um governo central para a manutenção de um Estado pacífico.

Foi pensado um tribunal federal para a decisão de disputas federativas, bem como de uma constituição escrita para delimitar as competências de cada ente da União⁸. É importante notar, que não se trata de uma mera separação funcional do poder, mas também de uma separação de governo (o governo central e o local) incidindo numa mesma sociedade, havendo uma espécie de compartilhamento de forças. Boa parte desse complexo federativo americano foi produzido gradualmente a partir das decisões da Suprema Corte, através das *judicial review*, não se dando de maneira intempestiva.⁹

É importante ressaltar que também existiram os antifederalistas, como Patrick Henry e Robert Yates, que acreditavam que o federalismo poderia se tratar de uma ameaça às liberdades¹⁰. Para eles, o crescimento econômico e um certo prestígio advindos da nova forma de governo seriam um mero pretexto para construção de um poder autoritário. Também havia um certo receio que esse federalismo pudesse representar um aumento na carga tributária.

Logo após, os alemães também vão desenvolver um sistema federal, mas dissociado desse conceito americano de preservação das individualidades. Ao Estado alemão reservou-se um federalismo como sistema distributivo de funções, baseado em um modelo cooperativo onde foram estabelecidas conformações políticas entre os membros. Trata-se de um caso muito incomum, pois a maioria dos burgos germânicos já possuíam uma certa tradição de governo que muito se assemelha a atual estrutura federal do *Bundesrat*.¹¹

⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984.

⁷ LEACH, R. H. *American federalism*. New York: W. W. Norton & Company, 1970.

⁸ HAMILTON; MADISON; JAY, *El federalista*, cit.

⁹ LABANCA, *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional*, cit.

¹⁰ CARVALHO, Maxwell Assis. *Um entendimento de república em O federalista* [manuscrito]: república antes que democracia. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Minas Gerais, 2014.

¹¹ BACHUR, João Paulo. Federalismo fiscal, atribuições fiscais constitucionais e equalização regional: EUA, Alemanha e Brasil em perspectiva comparada. *Revista Do Serviço Público*, v. 56, n. 4, p. 377-401, 2014.

Segundo Pinto Ferreira, o Estado Federal é composto por uma repartição de competências, tendo a União uma certa supremacia sobre os estados membros e estes tendo autonomia perante a União¹². Na teoria política norte-americana a União irá prevalecer apenas em hipóteses taxativas e pontuais. No Brasil, deu-se o contrário, havia uma descentralização política, mas numa ótica federalista, onde não se aceitou a concepção dual, tendo sustentado a soberania da União em detrimento das autonomias estaduais¹³. Gestou-se, portanto, uma contradição, pois ao invés de dar autonomia aos demais entes federativos, foi imposta uma estrutura de governo em que os estados são altamente dependentes do governo central. Por fim, surgiram problemas como o poder decorrente, que, em face da reprodução de algumas normas em supedâneo ao princípio da simetria, provocam uma imposição de normas federais aos entes estaduais, retirando parte da sua autonomia.

No Brasil, as discussões federalistas começam a ser debatidas ainda na fase final do Império, mas tendo havido uma aderência formal a essa forma de estado apenas a partir da ruptura republicana de 1891. Preliminarmente, tratava-se de um federalismo radical, onde os estados tinham uma liberdade exacerbada¹⁴. Temia-se, por isso, uma fragmentação do estado brasileiro, e desde, logo, foram criados instrumentos que possibilitassem uma tutela maior sobre os diversos conflitos. Um desses instrumentos de controle foi a atuação do Poder Judiciário como fiador da realidade fática administrativa, tendo como protagonista eminente o Supremo Tribunal Federal.

Para a Suprema Corte, seria essencial a definição dos contornos de poder do Estado Federal brasileiro, para cuja ideia principal perpassava por uma limitação da autonomia estadual¹⁵. Tratava-se, portanto, do uso do princípio da simetria como balizador de um modelo de organização política, onde os entes federativos teriam que alinhar a constitucionalidade das suas leis à Constituição Federal. Se exercia, desse modo, a jurisdição constitucional como ferramenta de integração e desmobilização de conflitos entre os Estados.

Há que se notar, entretanto, uma característica peculiar do caráter federativo brasileiro. Ao passar dos anos, constata-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

¹² PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 1/3-5. São Paulo: Saraiva, 1989.

¹³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo 3. Doutrina brasileira do Habeas-Corpus (1910-1926). Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.

¹⁴ CARVALHO, José Murilo de. República, democracia e federalismo: Brasil, 1870-1891. *Varia Historia*, v. 27, n. 45, p. 141-157, jan.-jun. 2011.

¹⁵ LABANCA, *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional*, cit.

nunca aderiu completamente a uma ideia de federalismo dual à moda norte-americana¹⁶. Abraçou-se uma concepção de estado onde se concentrariam o poder nas mãos da União, em detrimento de uma maior autonomia estadual. Nesse sentido, havia uma tentativa de se criar uma proteção ao pacto federativo, harmonizando as regras que formam o sistema nacional e o sistema estadual, de modo que entre eles não houvesse uma grande dissonância.

Por conseguinte, o Supremo serviria como um anteparo à atividade legislativa dos Estados que ferissem os interesses nacionais. Residindo-se aí a origem de uma judicialização do federalismo brasileiro, fiadora de uma ideia federativa construída eminentemente pela atuação histórica do STF. Uma federação não construída apenas por disposições legislativas e constitucionais, mas também pela capacidade interpretativa da sua Suprema Corte.

2 “Casas institucionais”: o reflexo da crise federativa

Todo esse arcabouço teórico nos leva ao ponto crucial deste artigo: existe uma contradição entre o federalismo formal e o pacto federativo visto na sua realidade material, tornando o poder constitucional do povo em um mero símbolo formal, uma rele “casca”, geradora de crises permanentes e de desigualdades. Essa crise seria fruto de um conflito entre “os poderes constituídos” e o “poder constituinte”, ou seja, um enfrentamento entre o poder de fato (seja do poder político “constituído”, seja do “poder constituinte”) com as circunstâncias históricas, políticas, sociais e econômicas de um determinado momento específico¹⁷.

Essas “casas institucionais sem substância cívica”¹⁸, foram muito bem retratadas por autores como Nelson Saldanha e Paulo Bonavides, com suas concepções críticas a respeito tanto da soberania popular, quanto da crise constituinte. Para Bonavides, predomina um desajuste entre o sistema político e a ordem jurídica quanto à solução de necessidades sociais básicas. Por outro ângulo, mas a respeito do mesmo problema, Nelson Saldanha indica que existe uma particularidade na manifestação do poder constituinte em países como o Brasil: ele vai questionar se existe de fato um sistema jurídico pleno em um Estado em que a soberania popular não havia se manifestado completamente¹⁹.

¹⁶ LABANCA, *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional*, cit.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. Réplica: a força do estigma. *Folha de São Paulo*, novembro de 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs01119818.htm>. Acesso em: 30 ago. 2022.

¹⁹ SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986.

Saldanha avalia que existe uma tendência em países periféricos a ocorrer uma espécie de restrição do espaço da soberania popular, afastando e despolitizando o sistema jurídico e criando, essa plataforma soberana meramente institucional e sem conteúdo. Indo além do mero formalismo, ele relaciona o Poder Constituinte a um poder “transconstitucional”, ou seja, capaz de gerar constituições, mesmo permanecendo latente a sua capacidade de se transformar em poder constituído²⁰.

De modo exemplificativo, essa crise constitucional também se vê refletida nas fronteiras que delimitam a separação dos poderes instituídos. Não é à toa que, ao contrário do que afirmam as teorias clássicas, as relações entre as suas atribuições não podem ser vistas como resultado de competências expressas e impermeáveis. Não se pode determinar, por exemplo, que seria possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. Dentro de uma democracia, o que se verifica é o necessário diálogo constitucional entre os poderes para o combate de possíveis arbitragens. Louis Fisher²¹, em sua obra sobre conflitos constitucionais, vai dizer que não há gravidade na permeabilidade de competências, desde que não ocorram medidas obscuras, sem capacidade de fiscalização - o chamado *unchecked power*.

No entanto, para que isso não ocorra, seria necessário um balanço entre os poderes, baseado principalmente no constante diálogo entre as decisões tomadas pelo parlamento e as decisões proferidas pelos tribunais constitucionais. Na visão dworkiniana, esse elo comunicativo seria possibilitado pelo que se chama de integridade²², que ocorre quando as comunidades político-democráticas passam a ser vistas como comunidades de princípios e não como meros espaços de interesses ou de regras. Nesse sentido, através de uma comunidade de princípios, haveria uma coerência entre as decisões tomadas pelos poderes, harmonizando-os.

Indo de encontro ao termo “separação de poderes”, Marcelo Neves vai propor que se fale de uma pluralidade e circularidade de procedimentos do Estado de Direito. Nesse contexto, o Estado de Direito seria legitimado através da conexão circular e conflituosa entre procedimentos eleitoral, legislativo-parlamentar, jurisdicional e político-administrativo. Para Neves, apesar dos procedimentos continuarem a serem distintos, existe uma interação entre eles, interconectando-os. Portanto, tem-se como competência dessa institucionalização

²⁰ SALDANHA, *O poder constituinte*, cit.

²¹ FISHER, Louis, *Constitutional Conflicts between Congress and the President*, 5th ed., University Press of Kansas, Lawrence, 2007.

²² DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

o aumento da capacidade dos sistemas político e jurídico de oferecer uma resposta às expectativas da complexidade da sociedade atual.²³

Nesse sentido, o princípio da separação de poderes, na sua forma contemporânea de freios e contrapesos, é elemento essencial da democracia representativa, desde que seja visto como uma ferramenta de transformação social e não uma técnica dificultosa e obstrucionista utilizada pelos mais perspicazes conservadores. Uma sociedade plural e que mantém um vínculo permanente com o povo precisa ser atendida por uma separação de poderes que não seja vista de maneira estanque. Por exemplo, o Poder Executivo pode influenciar o Poder Legislativo, através de medidas provisórias desde que essa influência passe por um diálogo constitucional, em que o parlamento exerça o controle sobre a dimensão dessa atuação executiva, caracterizando, dessa forma, o que Kelsen vai denominar de Estado autorizante (*Ermächtigungsgesetz*)²⁴.

Franz Neumann afirma, por exemplo, que a doutrina de Separação de Poderes pode se tornar um instrumento de poder, defendendo uma nova concepção de atuação das instituições liberais²⁵: "o divórcio de funções administrativas e legislativas não somente não garante a liberdade como ainda prejudica a utilização do poder do Estado para fins sociais desejáveis". Uma estrutura social pluralista e um sistema flexível multipartidário são muito mais importantes para a liberdade do que a monopolização da legislação pela legislatura e a redução do poder administrativo para uma entidade que apenas zele pela execução da lei.

No caso brasileiro, a Constituição acolheu a visão contemporânea de separação de poderes, desenhando um mecanismo constitucional que não é regido quanto a divisão de atribuições, mas é claro, sempre estabelecendo limites quanto a isso (o caso da limitação material à edição de MP, é um exemplo de proteção aos direitos fundamentais). A utilização das forças armadas, por exemplo, apesar de ser de competência do executivo, dependendo da forma em que for utilizada, pode ser condicionada por uma ratificação do Congresso Nacional, ou até mesmo da indicação do Supremo Tribunal Federal. Isso demonstra que as competências não são totalmente delimitadas, mas que possuem uma espécie de harmonização entre as suas funções.

²³ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

²⁵ NEUMANN, Franz. *The Rule of Law*. Political Theory and the Legal System in Modern Society. UK: Leamington, 1986.

Segundo a Constituição Federal, as duas primeiras destinações constitucionais das Forças Armadas teriam relação com a proteção do Estado e dos respectivos poderes constitucionais, tanto por ameaças externas quanto por ameaças internas. É preciso ressaltar, que essa garantia de proteção constitucional atribuída às forças armadas não se confunde com um possível “quarto poder”, em que aos militares seriam previstos a capacidade de intervir em outros poderes ou de até mesmo o de resolver conflitos interpretativos da constituição - a esse papel figura apenas o STF como guardião da constituição²⁶.

Quando se fala em graves ameaças à constituição ou contra as respectivas instituições de estado, estamos falando do emprego excepcional da intervenção federal, do estado de sítio ou do estado de defesa. A todos esses três mecanismos são exigidos todos um rito procedimental que vai além da mera mobilização executiva. Apesar delas serem uma função típica do chefe do executivo, elas demandam também dependem da submissão dos respectivos atos ao Congresso Nacional. Trata-se, portanto, de um exemplo paradigmático de como o conceito de separação de poderes, dentro da visão contemporânea, é marcado por um entendimento fluido e harmônico dos *checks and balances*.

3 O conceito de esfera pública

Traçada a discussão a respeito da crise no modelo de poder constituinte e os seus reflexos na estrutura política estatal, convém delinear o conceito de esfera pública e de como ele serviu de pressuposto para a superação dessa fragilização constitucional. Tais ditames conformaram as principais propostas doutrinárias de legitimação constitucional, alcançando a sua máxima influência com a teoria da legitimidade constituinte plural defendida por Habermas.

Em seu livro *Strukturwandel der Öffentlichkeit*²⁷, Habermas introduz o conceito de esfera pública ao defini-la como uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento. Essa estrutura pode ser entendida como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões - onde os fluxos comunicativos são filtrados e sintetizados, condensando-se em opiniões públicas enfeixadas por temas específicos. Diante dessa multiplicidade de esferas públicas, faz-se necessário pensá-las não

²⁶ JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. *Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*. a. 45 n. 180 out./dez. Brasília, 2008.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

somente como uma categorização sistêmica, mas também levando-se em conta os processos comunicativos estabelecidos entre os diversos atores sociais:

A esfera pública constitui uma “caixa de ressonância”, dotada de um sistema de sensores sensíveis ao âmbito de toda sociedade, e tem a função de filtrar e sintetizar temas, argumentos e contribuições, e transportá-los para o nível dos processos institucionalizados de resolução e decisão, de introduzir no sistema político os conflitos existentes na sociedade civil, a fim de exercer influência e direcionar os processos de regulação e circulação do poder do sistema político, através de uma abertura estrutural, sensível e porosa, ancorada no mundo da vida²⁸.

A esfera comunicativa, portanto, se ramifica em arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais e sub-culturais, articulando-se objetivamente de acordo com os pontos de vista funcionais mais ou menos especializados (como por exemplo, as esferas públicas literárias, artísticas, eclesiásticas, ou ainda, as esferas públicas alternativas da saúde ou da ciência). Pode-se, além disso, subdividi-la em níveis de acordo com a densidade da comunicação ou da complexidade organizacional, conjugando-as em três tipos: a esfera pública episódica (bares, cafés, encontros de rua), a esfera pública da presença organizada (encontros de pais, reuniões de partido ou congressos de igreja) e a esfera pública abstrata, esta produzida pela mídia (leitores, ouvintes e espectadores singulares espalhados globalmente)²⁹.

Dentro do viés habermasiano, existe a possibilidade da esfera comunicativa ser subvertida através da manipulação e da despolitização da sua base institucional. Nesse sentido, o modelo liberal de opinião pública é subvertido pela atrofia imposta pelas mídias de massa, degradando a medida de legitimidade do exercício do poder político. O debate racional crítico, que sustentava a esfera pública, é removido e em seu lugar são postos um agregado de opiniões individuais que formam um mero mosaico estatístico sem base normativa:

Em nossa sociedade, dominada pela mídia, a esfera pública serve, em primeiro lugar, como espaço de auto-apresentação daqueles que se destacam na sociedade por uma razão ou por outra (...). Já a participação em controvérsias políticas, científicas ou literária possui outra finalidade. Aqui, o entendimento sobre um tema substitui a auto-apresentação pessoal. Nesse caso, o público não configura um espaço de ouvintes ou espectadores, mas o espaço para falantes e destinatários que se interrogam mutuamente e que tentam formular respostas.³⁰

²⁸ LUBENOW, Jorge Adriano. *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos*. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 227-258, 2010.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. Espaço público e esfera pública política. Raízes biográficas de dois motivos de pensamento, *In: HABERMAS, Jürgen. Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 15-30.

Mesmo não tendo como antecipar o desenvolvimento dos meios de comunicação e a sua interferência nas relações sociais, Popper já abordava a ideia de interações mediadas na sua obra *Sociedade Aberta*³¹. Segundo ele, as interações humanas são capazes de sofrer interferências dos meios de comunicação, apesar de ainda serem muito restritas desde o desenvolvimento da imprensa nos séculos XV e XVI na Europa.

Esse intercâmbio de informações e conteúdos simbólicos deu origem ao que Popper chama de *Sociedade Aberta*: uma sociedade abstrata estruturada não apenas por relações concretas, mas também por interações complexas e mediadas³². Trata-se de um corpo social muito mais vulnerável a manipulações, já que agora os debates políticos não se dão apenas nas relações face a face, mas também pelo intenso fluxo de informações virtuais, interferindo na racionalidade do discurso.

Habermas, no seu conceito de esfera pública, vai dizer que a função dos meios de comunicação transformou-se da facilitação do discurso racional para uma espécie de modelagem e limitação do discurso público, processo este controlado pelas corporações de mídia³³. Os cidadãos tornam-se assim, meros consumidores dos discursos midiáticos, espectadores da sua própria cidadania.

Essa formação da esfera pública irá ser tratada de modo amplificada por Honneth³⁴, quando ele discorre a respeito da necessidade do desenvolvimento de uma esfera pública democrática para que se estabeleçam pontes de comunicação entre os órgãos de governo e a população. Para Honneth a mídia deixaria de gerar informação para estabelecer um mecanismo comercial de produção de riquezas através do espaço publicitário:

Por conta dessa restrição unilateral da democracia à esfera política, perde-se de vista o fato de que uma esfera pública democrática somente pode funcionar mediante a premissa tácita de que todos os membros da sociedade devem estar incluídos no processo de reprodução social.³⁵

Além disso, ele assevera que a dessolidarização produzida pelo capitalismo acabou por produzir uma apatia social presente entre os cidadãos, indicando uma espécie de desinteresse no processo de participação política. Diferentemente de Habermas, Axel

³¹ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, volumes 1 e 2.

³² POPPER, *A sociedade aberta e seus inimigos*, cit.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

³⁴ HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

³⁵ HONNETH, Axel. Democracy as reflexive cooperation: John Dewey and the theory of democracy today. *Political Theory*, v. 26, n. 6, p. 763-783, dez. 1998.

HONNETH, Axel. *Disrespect: the normative foundations of Critical Theory*. Malden, MA: Polity Press, 2007.

Honneth propõe uma correção dessa abordagem comunicativa pelo viés de uma teoria das lutas por reconhecimento.³⁶

Desta forma, inspirado pelo conceito hegeliano de reconhecimento, Honneth procurou ampliar o quadro de análise habermasiano, centrado principalmente nas competências comunicativas, para as condições intersubjetivas de reconhecimento, ou seja: o processo de socialização que torna possível a relação do sujeito consigo mesmo.

Em resposta a essa conceitualização de Honneth, Habermas posteriormente passará a descrever a esfera pública como um espaço de discussão, lastreado na capacidade de confrontar argumentos racionais com a opinião baseada na razão. Para isso, irá argumentar que em sociedades complexas a soberania do povo não pode estar conectada apenas a um mero processo de argumentação, tendo-se que ir além da mera sobreposição de discursos. Segundo Habermas, para a produção de poder político legítimo, o processo de argumentação precisa ser gerado em deliberações democráticas devidamente autorizadas³⁷. Com esse propósito, defenderá a adoção da ideia procedimental de deliberação pública, onde os contornos da esfera comunicativa se darão por meio dos processos de identificação e interpretação acerca dos temas que emergem das esferas públicas informais para os foros institucionalizados.

4 A nova legitimação habermasiana: o caso do Timor-Leste

Indo além da tradicional doutrina kantiana do Direito internacional, Habermas vai propor a constitucionalização do Direito internacional, reformulando alguns conceitos como soberania estatal e nação. Ao ressignificar esses temas, vai buscar equacionar as assimetrias existentes entre as relações de poder e as instituições internacionais, substituindo a moralidade pelo Estado de Direito. Segundo a via habermasiana, a ideia de uma comunidade pacífica, não seria exclusivamente um mandamento moral, mas também um princípio do Direito. Há que se compor uma aliança institucionalizada de povos, de modo a modificar os estatutos pré-estabelecidos das relações internacionais, sendo um deles a questão da soberania³⁸:

À luz desses esclarecimentos, desejo apresentar o projeto de um futuro sistema multinível que está à frente, mas permanece em contato com as estruturas existentes. Tal sociedade mundial politicamente constituída poderia, mesmo na

³⁶ HONNETH, *Kampf um Anerkennung*, cit.

³⁷ HABERMAS, *Direito e democracia*, cit.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. A Political Constitution for the Pluralist World Society? *Journal of Chinese Philosophy*, v. 34, n. 3, p. 331-343, 2007.

ausência de um governo mundial, enquadrar o tipo de política doméstica global que até agora está faltando, especialmente nos campos das políticas econômicas e ambientais globais. Enquanto o sistema de direito internacional baseado na nação simplesmente reconhecia um tipo de ator, a saber, os Estados-nação, e dois tipos de campos de jogo, a saber, política interna e externa ou assuntos internos e relações internacionais, a nova estrutura caracteriza-se por três arenas e três tipos de atores coletivos. Esse modelo tripartido evita misturar problemas nitidamente diferentes sob o rótulo unificador de governança global.

A comunidade internacional assume a forma institucional de uma organização mundial que tem a capacidade de atuar em campos bem definidos sem que ela mesma assuma o caráter de Estado. Ela se desenvolve em uma entidade que não é apenas um fórum, mas não assume as próprias características de um estado. Tal organização mundial seria capacitada, mas ao mesmo tempo limitada, para cumprir efetivamente e acima de tudo de forma não seletiva duas funções, a saber, assegurar a paz e os direitos humanos em escala mundial. A reforma pendente da ONU deve, portanto, não apenas se concentrar no fortalecimento das instituições centrais, mas ao mesmo tempo visar a desvincular esse núcleo da casca de suas organizações especiais³⁹.

Podemos estabelecer um modelo de análise a respeito desse tema, utilizando-se, para isso, do processo de elaboração da atual Constituição do Timor Leste. Em 1999, com base na defesa do princípio internacional da autodeterminação dos povos, a Organização das Nações Unidas coordenou plebiscito para ouvir a população do Timor Leste, país que estava invadido pela Indonésia desde 1975. Por maioria ampla, os timorenses decidiram pela independência⁴⁰. Considerada uma intervenção humanitária, a ação da ONU permitiu o reconhecimento internacional da independência do Timor Leste e a organização do processo constituinte. A administração transitória das Nações Unidas organizou as eleições constituintes de 2001 e auxiliou a redação da nova constituição com juristas portugueses. Ao final, em 2002, os parlamentares timorenses aprovaram a Constituição vigente:

Os esforços da ONU e de Portugal no sentido de alcançarem para Timor-Leste uma solução de autodeterminação finalmente desembocariam numa saída de êxito quando em Nova Iorque, em 5 de maio de 1999⁶⁷, Portugal e a Indonésia assinaram – respectivamente através dos seus ministros dos Negócios Estrangeiros de então, Jaime Gama e Ali Alatas – com a ONU, por intermédio do seu Secretário-Geral de então, Kofi Anan, um Acordo Tripartido solicitando à ONU a realização de um referendo internacional sobre a autodeterminação do território timorense. Rigorosamente falando, o Acordo de Nova Iorque era constituído por três acordos: um Acordo Global, com vista à realização de um referendo internacional, sob supervisão da ONU; um segundo acordo sobre as modalidades de consulta popular, com a atribuição ao Secretário-Geral da ONU das competências para a logística dele; e um terceiro acordo sobre a segurança da consulta no sentido de permitir a intervenção da polícia civil da ONU para garantir a liberdade e a veracidade da realização daquela consulta popular

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ GALDIO, Carolina Ferreira. *Nasce um Estado: a construção do Timor Leste*. Dissertação (mestrado) – UNESP/UNICAMP/PUC-SP, Programa San Tiago Dantas. São Paulo. 2012.

O período em questão, ao contrário do que se possa pensar, não foi todo ele homogêneo, sendo possível surpreender três etapas:

- a 1ª fase: do início até agosto de 2000, altura em que estabeleceu uma liderança timorense, durante o qual a Untaet exerceu a plenitude dos poderes por meio do Administrador Transitório;
- a 2ª fase: desde este momento até à instalação da Assembleia Constituinte, avultando uma clara partilha de poder entre a Untaet e a liderança timorense; e
- a 3ª fase: de elaboração da Constituição e os preparativos para o reconhecimento do Estado Timorense⁴¹.

No caso da constituição timorense, a ideia de uma soberania compartilhada não pode ser compreendida como uma falha, já que aqui os Estados Nacionais, não participam como componentes constituídos, mas como Estados partícipes de uma democracia supranacional “constituente de poder”, mantendo as competências dentro das comunidades instituídas.⁴²

A legitimidade da nova carta timorense foi estabelecida em balizas supranacionais, diferentes das já convencionais fontes de legitimidade constitucional. Os teóricos tradicionais caracterizam o poder constituinte originário como absoluto, intermitente e ilimitado - não estabelecendo limites jurídicos para sua ação. Essa amarra jurídica, criou um problema fundamental para os teóricos clássicos, pois quando se estabelece uma relação do poder ilimitado com legitimidade de sua Constituição, cria-se a possibilidade do poder constituinte elaborar uma constituição autoritária.

Esse antigo modelo de legitimidade, que se cria através de conceitos contratualistas, foi rebatido pelos teóricos modernos. Luhmann vai propor que para que uma Constituição formal e rígida possa funcionar de maneira adequada deve a mesma ser democrática, possibilitando o acoplamento estrutural do seu sistema com princípios de igualdade e liberdade⁴³. Também podemos explicar o novo conteúdo do Poder Constituinte utilizando conceitos dworkinianos, como a ideia de autorrespeito e autenticidade. Para Dworkin, a organização política de um Estado pressupõe tratar todos os seus membros como indivíduos providos de igual respeito e comprometimento. Sendo isso possível apenas por meio de uma democracia constitucional⁴⁴

⁴¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Timor-Leste no Constitucionalismo de Língua Portuguesa. *Revista de Direito Público*, Edição Especial, 324-376, 2019.

⁴² BECK, U. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.

⁴³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*. Trad. Antônio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior e Marco Antônio dos Santos Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

Por sua vez, Habermas vai procurar superar o conceito kelseniano de que a legitimidade da Constituição seria assentada em uma norma fundamental hipotética sem conteúdo. Através da teoria discursiva, Habermas vai se afastar de concepções legitimadoras tradicionais abordando de que não existe um momento único de entrega da parcela de sua liberdade ao Estado, como previa o pacto hobbesiano. Muito menos uma institucionalização do Direito Natural baseada em conceitos subjetivos como a autonomia moral, como sugeriu Kant. O teórico de Frankfurt elabora que uma Constituição formal e rígida só pode ser construída por um poder democrático, ou seja, a soberania popular é pressuposto fundamental para conferir uma realidade ao poder constituinte do povo⁴⁵.

Daí entra em cena o cerne da questão proposta: para Habermas uma Constituição que objetiva assegurar princípios como liberdade e igualdade, só é possível ser gerada por um poder constituinte originário democrático e aberto, qual seja, plural em todas as suas formas. Por consequência, quem faz a constituição, o povo, não pode ser identificado no tempo e no espaço, pois se trata de uma construção política e jurídica, passível de reconstruções cotidianas⁴⁶.

Quando a ONU auxilia na organização do processo de transição democrática timorense, bem como na redação da nova constituição, o que ela está promovendo é uma reconstrução da identidade do sujeito nacional, de modo aberto, democrático e passível de outras futuras reconfigurações no futuro. Pois para Habermas, o processo constituinte de um Estado Democrático de Direito precisa ser contínuo. Desta feita, diferentemente do que pensavam os doutrinadores clássicos, a constituição formal não mais pode ser tratada apenas como reflexo de uma comunidade única de valores e histórias comuns. Passa-se, agora, a ir além do mero vínculo com base em traços nacionalistas e culturais, a fim de que seja assumido um pacto em busca de direitos e deveres.

⁴⁵ HABERMAS, *Direito e Democracia*, cit.

⁴⁶ BALIBAR, Etienne. *Le frontiere della democrazia*. Trad. Andrea Catone. Roma: Manifestolibri, 1993.

Referências Bibliográficas

- BACHUR, J. P. Federalismo fiscal, atribuições fiscais constitucionais e equalização regional: EUA, Alemanha e Brasil em perspectiva comparada. *Revista Do Serviço Público*, v. 56, n. 4, p. 377-401, 2014. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/237>. Acesso em: 8 set. 2022.
- BALIBAR, Etienne. *Le frontiere della democrazia*. Trad. Andrea Catone. Roma: Manifestolibri, 1993.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BECK, U. *Risk society*. Towards a new modernity. Londres: Sage Publications, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARVALHO, Maxwel Assis. *Um entendimento de república em “O federalista” [manuscrito]: república antes que democracia*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-9VJEZE>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- CARVALHO, José Murilo de. Réplica: a força do estigma. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1 nov. 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs01119818.htm>. Acesso em: 30 ago. 2022.
- DWORKIN, Ronald. *Law 's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FISHER, Louis. *Constitutional Conflicts between Congress and the President*, 5th ed., Lawrence: University Press of Kansas, 2007.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984.
- GALDIO, Carolina Ferreira. *Nasce um Estado: a construção do Timor Leste*. Dissertação (Mestrado) – UNESP/UNICAMP/PUC-SP, Programa San Tiago Dantas. São Paulo, 2012. Disponível em <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/96020>. Acesso em 20 ago. 2022.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. Timor-Leste no Constitucionalismo de Língua Portuguesa. *Revista de Direito Público*, Edição Especial, p. 324-376, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3860>. Acesso em: 28 ago. 2022.
- HABERMAS, Jürgen. *The Postnational Constellation*. UK: Polity Press, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. Espaço público e esfera pública política. Raízes biográficas de dois motivos de pensamento, In: HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *El federalista*. 2. ed., México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

- HONNETH, Axel. *Democracy as reflexive cooperation: John Dewey and the theory of democracy today*. *Political Theory*, v. 26, n. 6, p. 763-783, dez. 1998. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/191992>. Acesso em: 21 ago. 2022.
- HONNETH, Axel. *Disrespect: the normative foundations of Critical Theory*. Malden, MA: Polity Press, 2007.
- JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral. *Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*. Brasília a. 45 n. 180 out./dez. 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176558>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Lisboa: Edições 70, 1990.
- KANT, Immanuel. *Ideia de uma História Universal de um Ponto de Vista Cosmopolita*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- LABANCA, Marcelo Corrêa de Araújo. *A construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional: um estudo sobre a utilização do princípio da simetria na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2008. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4141>. Acesso em: 20 de ago. 2022.
- LEMBO, Carolina Maria. *Federalismo e suas variantes: do modelo norte-americano à União Européia*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-13122010-155504/pt-br.php>. Acesso em: 8 set. 2022.
- LEACH, Richard H. *American federalism*. New York: W. W. Norton & Company, 1970.
- LUBENOW, Jorge Adriano. *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos*. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 227-258, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/L5Y3JWsfhpGzp4bHpw5G8gF/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 27 ago. 2022.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.
- NEUMANN, Franz. *The Rule of Law*. Political Theory and the Legal System in Modern Society. Leamington: Berg Publishers, 1986.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PENA, Lara Pontes Juvencio. *“Globalismo”*: o discurso em política internacional sob a ideologia da nova extrema direita brasileira. *Fronteira: Revista De iniciação científica Em Relações Internacionais*, v. 18, n. 36, p. 371-386, 2019. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/fronteira/article/view/19677>. Acesso em: 28 ago. 2022.
- PINTO, Luiz Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 1/3-5, São Paulo: Saraiva, 1989.
- POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998, volumes 1 e 2.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo 3. Doutrina brasileira do Habeas-Corpus (1910-1926). Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1991.
- SALDANHA, Nelson. *O poder constituinte*. São Paulo: RT, 1986.

Como citar este artigo: SILVA, João Guilherme Carvalho. Entre a estruturação do pacto federativo e a crise do poder constituinte: uma análise habermasiana da legitimação constitucional. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 1–18, 2022.

Recebido em 14.09.2022

Publicado em 09.11.2022



Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional