

De alguns fundamentos das Constituições cidadãs

Paulo Ferreira da Cunha

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO: I. O TEMA. II. OS TEMPOS. III. AS POSIÇÕES. IV. APROXIMAÇÃO AOS FUNDAMENTOS. V. CONSTITUIÇÃO MATERIAL, PODERES CONSTITUINTE, DEMOCRACIA ÉTICA. VI. CONCLUSÃO PRÁTICA.

I. O TEMA

Durante a Constituinte brasileira que deu origem à vigente Constituição Federal (de 5 de outubro de 1988), o seu malgrado presidente, o advogado ULYSSES GUIMARÃES, proclamou a Constituição que estavam a criar como “Constituição cidadã”^[1]. Foi um apodo feliz, que perdurou. E podemos aplicar essa designação, por todas as razões, a quantas, feitas antes ou depois dessa Carta Magna, partilham do mesmo *princípio esperança*^[2]. Desde logo, a Constituição Portuguesa de 1976, que aliás reconhecidamente influenciara já o texto de Brasília.

[1] Cf. o nosso *Direito Constitucional Geral*, 4.ª ed., Curitiba: InterSaber, 2022, p. 221 ss.

[2] ERNST BLOCH, *Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt: Suhrkamp, 1959, trad. cast. de Felipe González Vicén, *El Principio esperanza*, Madrid: Aguilar, 1979,

III vols.; trad. fr. de Françoise Wuillemart, *Le Principe espérance*, Paris: Gallimard, 1976, reimp. 1991.

Um dos temas mais relevantes do Direito Constitucional, e especificamente rico e denso na Filosofia Constitucional, é o do Poder Constituinte ou, numa formulação menos usual (mas mais abrangente, porque mais especificadora), dos poderes constituintes^[3]. Guarda ele com outro tema forte e essencial no domínio jurídico-político (o da Constituição material^[4]), uma afinidade evidente. Mas se ambos, em teoria, seriam capazes de conter qualquer substância, ou conteúdo, o que dá sentido e esperança às Constituições atuais é, por um lado, a dimensão ética que inegavelmente possuem, e, por outro, um programa que transforma os imperativos morais em metas, que hoje são, ainda, apesar de tudo, as do Estado social.

[3] GEORG JELLINEK, *Reforma y Mutación de la Constitución*, ed. cast., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991; FRIEDRICH MUELLER, *Fragment (ueber) Verfassunggebende Gewalt des Volkes*, Berlin: Duncker & Humblot, 1995, trad. port. de Peter Naumann, *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *O Poder Constituinte*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2005; LUZIA MARQUES DA SILVA CABRAL PINTO, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, Faculdade de Direito, 1994; MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Constituição Constituinte. Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000; MARIA LÚCIA AMARAL, "Poder Constituinte e Revisão Constitucional", *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. XXV, 1984; AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, "O Poder Constituinte na Gênese do Constitucionalismo Moderno", *Estado & Direito*, n.º 5-6, 1990; CARLOS SANCHEZ VIAMONTE,

El Poder Constituyente, Ed. Argentina, 1957; COSTANTINO MORTATI, *Studi sul Potere Costituente e sulla Riforma Costituzionale dello Stato*, Milão: Giuffrè, 1972; PEDRO VEJA, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Madrid: Tecnos, 1985; ANTONIO TARANTINO (ed.), *Legittimità, Legalità e Mutamento Costituzionale*, Milão: Giuffrè, 1980; ANTONIO NEGRI, *The Constituent Power*, trad. cast. de Clara de Marco, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid: Libertarias / Prodhufi, 1994; MICHEL TROPER / LUCIEN JAUME (dir.), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du Colloque de Paris, da Association française de science politique, Março de 1989, Paris / Bruxelas: L.G.D.J., Bruylant, 1994; GUY HÉRAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris: Sirey, 1946; EDWARD MCWHINNEY, *Constitution-Making: Principles, Process, Practice*, Toronto: University of Toronto Press, 1981; ANTHONY BARNETT et al. (eds.), *Debating the Constitution. New perspectives in Constitutional Reform*, Cambridge: Polity Press, 1993; CLAUDE KLEIN, *Théorie et pratique du*

pouvoir constituant, Paris: PUF, 1996; ALBERT BLAUSTEIN, "The Making of Constitutions", *Jahrbuch des oeffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 35, 1986, p. 699 ss.; OLIVIER DUHAMEL, "Pouvoir constituant", in *Dictionnaire constitutionnel*, dir. de Olivier Duhamel / Yves Mény, Paris: PUF, 1992, pp. 777-778; GEORGES BERLIA, "De la compétence des assemblées constituantes", *Revue du droit public*, 1945, pp. 353-365. E a internacionalização, naturalmente, chega: por todos, LUÍS CLÁUDIO CONI, *A Internacionalização do Poder Constituinte*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2006.

[4] Cf. especialmente: COSTANTINO MORTATI, *La Costituzione in Senso Materiale*, Milão: Giuffrè, 1940, reed. 1998, com um Prólogo de Gustavo Zagrebelsky; SERGIO BARTOLE, "Cos-tituzione Materiale e Ragionamento Giuridico", *Diritto e Società*, 1982, p. 605 ss.; MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL, *A Constituição como Princípio. Os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*, São Paulo: Barueri, 2003, p. 49 ss.

Negando assim a teoria maniqueísta de que, afinal, só se falaria em ética como «sinal inequívoco do abandono da crítica social», considerando-se que «aqueles que não conseguem (ou não querem) desenvolver uma crítica social acabam tendo de contornar essas contradições apelando para a ética»^[5]. Cremos que pode haver ética que se faz não tanto crítica pela crítica (que pode ser uma outra forma de alienação, e um discurso legitimador também), mas concretização de solicitude social. Ética que (nomeadamente via princípio da Igualdade, ou quiçá pelo simples desenvolvimento da dignidade da pessoa humana) encarna, designadamente, nos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais. A alternativa não é entre uma Ética pura, mas sem mãos (como sem razão disse PÉGUY DE KANT), e uma crítica social ativa mas, aparentemente, sem Ética. Uma coisa não prescinde da outra, no complexo de valores do Estado Constitucional^[6]...

Não faz mesmo qualquer sentido falar-se em Direito Constitucional, quer na sua versão tradicional, quer na moderna (e é curioso, no mínimo, que assim suceda em ambas), sem pressupor a existência e a operatividade daquele referido poder constituinte, ou desses poderes constituintes. Mas os demais referidos temas são, talvez não tão imediatamente visíveis, mas igualmente fulcrais.

Se em tese geral e em todas as situações históricas faz sentido colocar todos estes problemas, mais agora eles se revelam urgentes para compreender o fenómeno constitucional na sociedade em grande medida alienada (da política, do Estado, da reflexão), para melhor apreender as vicissitudes da vivência constitucional,

[5] L. A. BECKER, "Sobre a Incerteza e o conteúdo ético do processo civil", in *Qual é o Jogo do Processo*, Porto Alegre: SAFE, 2012, p. 327.

[6] REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ, *Introducción al Estado Constitucional*,

Barcelona: Ariel, 1993, e sobretudo PETER HAEBERLE, *El Estado Constitucional*, estudo introdutório de Diego Valadés, trad. e índices de Héctor Fix-Fierro, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.