

**A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: PROCESSO
CONSTITUINTE E A LEGITIMIDADE DA CONSTITUIÇÃO –
HOMENAGEM À MENELICK DE CARVALHO NETTO NOS 30 ANOS
DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL⁸⁸**

O Direito Constitucional é vida - ou é vida ou não é nada!

Felipe Vinícius Capareli

Graduando em Direito na Universidade Federal de Lavras, atualmente é aluno em mobilidade acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Recebimento: 30/03/2018

Aprovação: 14/09/2018

Como citar este artigo:

A teoria da constituição brasileira: processo constituinte e a legitimidade da constituição – homenagem à Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da constituição da república federativa do Brasil. CAPARELI, Felipe Vinícius. In: **Revice** – Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.3, n.2, p. 196-214, jun./dez.2018. ISSN 2525-8036.

RESUMO: Ao analisarmos a pesquisa e ensino do direito constitucional no Brasil às vésperas do trigésimo aniversário de nossa constituição, certamente chegaremos à conclusão de que o pensamento de Menelick de Carvalho Netto ocupa um lugar de destaque. Dono de uma obra dispersa, o constitucionalista mineiro influenciou e influencia gerações de pesquisadores e pesquisadoras que, ou ocupam lugares de destaque na academia brasileira, ou aspiram um dia ocupá-los. Não muito adepto à prática da escrita e publicação, é demasiado difícil localizar com precisão o local de partida e a chegada de suas abordagens, seu pensamento encontra-se espalhado em páginas publicadas em periódicos jurídicos, em prefácios a livros há muito esgotados, em traduções que circulam clandestinamente as faculdades de direito (REZENDE, 2017, p. 184) e, sobretudo, na formação e no amadurecer teórico de seus orientandos e orientandas. É a partir de seus textos e ensinamentos em sala de aula que abordaremos questões acerca do processo constituinte e a legitimidade de nossa constituição.⁸⁹

⁸⁸ Ao meu mestre, orientador, professor e amigo, Menelick de Carvalho Netto, Por me acolher em Brasília, confiar em meu trabalho como seu monitor de graduação, pelas longas conversas na Bromélia e por ser responsável pelo meu reencantamento com o curso de Direito. Tinha muito para falar, como não consigo, escrevo... .

⁸⁹ Ao longo do texto usamos frases postas entre aspas, elas correspondem às expressões usadas frequentemente pelo professor Menelick de Carvalho Netto em suas aulas, porém, salvo algumas exceções, elas não se encontram em nenhum texto que fora por ele publicado.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da constituição brasileira; Menelick de Carvalho Netto; História constitucional; Poder Constituinte; democracia.

INTRODUÇÃO

Pela proximidade dos 30 anos de nossa constituição, gostaria de me voltar especificamente para um antigo, porém atual debate, acerca da legitimidade da constituição de 1988. É esse o importante ponto de partida para as reflexões do professor, do qual derivações conceituais desdobram-se nos mais variados temas de suas aulas e textos⁹⁰. Porém, antes de caminharmos para isso, é importante assentarmos alguns elementos que compõe a base das exposições de nosso professor.

BREVE CAMINHO DA FILOSOFIA DO DIREITO NA MODERNIDADE

Conhecido pela profundidade teórica de suas abordagens, suas reflexões em sala de aula iniciam-se com um breve mergulho no desenvolvimento da filosofia do direito, até a retomada de sua centralidade nos dias de hoje.

Aqueles que inventaram a idade moderna atribuíram à filosofia do direito um papel central. Os direitos naturais, “bem como sua evidência racional foram entendidos como princípios morais universais indisponíveis que expressavam a exigência do reconhecimento também institucional de que todos os seres humanos nascem iguais, livres e proprietários” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 3). A eticidade tradicional, marcada por seu caráter de inamovibilidade e rigidez, dá lugar a uma eticidade crítica capaz de problematizar a si mesma, possibilitando, até nossos dias, questionarmos os usos, costumes e tradições, a discernir “o uso do abuso à luz do conteúdo de sentido sempre renovado das concepções de liberdade e de igualdade a todos reconhecidas e que funcionam como crivos, de tal sorte que antigos usos podem passar, da noite para o dia, a ser vistos como abusos e discriminações” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 3). Porém, ainda nesse momento inicial, os critérios universais de justiça moral, a que denominavam direitos naturais, regiam, como algo transcendente, de fora, a organização política e jurídica. “O direito e a política

⁹⁰ É importante lembrar que como fruto de seu doutoramento em filosofia do direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, outro instigante tema o chamou atenção. *A sanção no procedimento legislativo* publicado em 1992 pela editora Del Rey é a única investigação monográfica de fôlego que Menelick, até o momento, publicou sozinho. Seria preciso outro esforço para análise de sua tese e, a partir do amadurecer teórico de nosso autor, revisitar o que lá é desenvolvido por ele. Esse esforço nós deixaremos para outra oportunidade, o que nos importa agora é saber que naquele texto importantes autores como Niklas Luhmann, Jurgen Habermas, Ronald Dworkin pouco aparecem, o que temos ali é o texto de um autor que ainda não tinha tomado um contado mais profundo com esses autores que marcarão a sua reflexão e as suas aulas.

submetiam-se às exigências racionais universalizantes da moral moderna de defesa da subjetividade” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 3).

A institucionalização desses ideais encontrou tradução, segundo Menelick:

em distintas vivências regionais que culminam, por vias diversas, com a adoção dos Estados constitucionais, no final do século XVIII e início do XIX, marcando um ponto de inflexão a partir do qual, paradoxalmente, a Filosofia do Direito perderá a sua centralidade na reflexão filosófica (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 4).

O surgimento da constituição moderna formal permitiu que a modernidade se completasse no campo do Direito e da Política, possibilitando que a política fornecesse efetividade ao direito e que o direito fornecesse legitimidade à política⁹¹. A invenção da constituição formal pelos norte-americanos atribuiu ao direito constitucional a supralegalidade, a sua forma específica, a possibilitar a diferença entre o Direito constitucional e o restante do Direito. A invenção da lei das leis possibilitou que, paradoxalmente, ao longo do século XIX, “a Filosofia do Direito cedesse lugar cada vez mais à Teoria Geral do Direito, uma disciplina técnica da formação especificamente jurídica, movimento que, por sua vez, encontrará seu ponto máximo de inflexão tendencial na Teoria Pura de Hans Kelsen” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 4). É na segunda metade do século XX, tomada em um sentido distinto, que a filosofia do direito reocupa a centralidade das reflexões filosóficas.

É exatamente a retomada dessa trajetória que torna mais compreensivo os desafios que, “em tempos de terror, a Filosofia não pode deixar de enfrentar e, portanto, a nova centralidade que nela a Filosofia do Direito passa a ocupar” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 5).

Se para os criadores da idade moderna a evidência racional era, ela própria, garantia heurística a ser tomada como critério da verdade e da justiça, para nós, homens e mulheres de nosso tempo, sabemos que o que viam como direito naturais são, na verdade, direitos humanos, portadores de uma natureza puramente convencional. Hodiernamente, dado o alto grau de reflexividade, a filosofia do direito não mais se restringe a um problema dos juristas, não mais se reduz a pensar o estatuto epistemológico de uma ciência do Direito, a se configurar como uma Filosofia da Ciência aplicada do Direito; mas, ao contrário, “volta-se também para as indagações acerca da justiça, de uma

⁹¹Ver: LUHMANN, Niklas . A constituição como aquisição evolutiva In. Journal. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220, cotejada com a tradução italiana de F. Fiore “*La costituzione come acquisizione evolutiva*”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. Il Futuro della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996; tradução: Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi

sociedade justa e de instituições justas, enquanto uma Filosofia Moral aplicada ao Direito” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 5).

Desse modo, afirma nosso professor:

A questão da justiça, em função dos próprios critérios que inauguraram a modernidade, renova-se como exercício de Filosofia do Direito ao tematizá-la como problema a ser enfrentado cotidianamente pelo exercício da cidadania, da democracia e da prática do constitucionalismo (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 5).

Isso faz com que alguns autores, ao olharem para as especificidades estruturais e, em busca de uma crítica a racionalidade moderna, sintam-se tentados a abandonar o conceito de modernidade, rumo ao rótulo da pós-modernidade. Isso se justificaria, segundo eles, dado ao alto estágio de desenvolvimento das complexidades sociais.

Sobre isso afirma Menelick:

Na companhia de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas, no entanto, preferimos reconhecer nossos tempos como mais modernos do que aqueles dos homens que cunharam esse termo para designar a sua época, exatamente por não mais acreditarmos naquela racionalidade mítica, na ciência como saber absoluto. Acreditamos que vivemos, sim, em uma época ainda moderna, em uma modernidade tardia, que pode ser mais sábia, mais moderna, do que a própria modernidade que a antecedeu, em razão do que fomos capazes de aprender com as nossas próprias vivências. A modernidade revela-se assim como um projeto inacabado (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 5).

A crítica da racionalidade moderna inaugural não requer o abandono da própria modernidade, pelo contrário, nas palavras de Luhmann, é preciso realizar o iluminismo do iluminismo. Em outros termos, é preciso incorporar as complexidades de nosso tempo, de modo a refletir sobre as mazelas que a crença em demasia na racionalidade humana proporcionou, de modo a, com Habermas, enfrentar o desafio de realizar as promessas inacabadas da modernidade.

Nesse sentido, uma abordagem que oferece campo fértil para as reflexões levantadas acima, “é aquela capaz de operacionalizar o giro linguístico, hermenêutico e pragmático, de modo a entender o papel fundamental que o silêncio exerce na linguagem” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 8).

O CONCEITO DE PARADIGMA E O PAPEL DO SILÊNCIO NA LINGUAGEM

Não há alguém que tenha frequentado as aulas de graduação ou pós-graduação de Menelick que não tenha ouvido falar sobre os paradigmas. Conceito trabalhado por Thomas Kuhn, em “*A estrutura das revoluções científicas*” entende que:

o conhecimento não progride evolutiva e pacificamente, mas, ao contrário, o progresso do conhecimento nas ciências, e é de se destacar que seu enfoque se centra

nas ciências ditas exatas ou da natureza, se daria por rupturas, por grandes saltos, por profundas alterações de paradigmas (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 7).

Antes de definirmos o que é um paradigma e demonstrarmos como este é trabalhado pelas ciências do espírito, é preciso elucidar de que forma Menelick faz uso de tal conceito, entendendo sua relação direta, tanto com uma crítica à razão, quanto ao uso da filosofia da linguagem nas reflexões sobre o direito.

O processo de aprendizagem proporcionado pela vivência da modernidade, a crise do conceito de ciência a partir do final do século XIX, o reconhecimento do fracasso da tentativa neopositivista no início da segunda metade do século XX foram capazes de nos ensinar que:

científico é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo o que afirma. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas. A refutação só prova que determinadas teses foram científicas enquanto foram críveis, plausíveis, para nós (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 6).

Não há método que garanta por si só a veracidade do resultado de determinada investigação; a crença em um método capaz de justificar e legitimar por si só o conhecimento produzido demonstrou que o projeto iluminista era um mito, precisamente por divinizar a racionalidade humana (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 6).

Aprendemos a duras penas que o saber humano é precário, funda-se permanentemente no debate da comunidade científica, sujeito à refutação tanto em termos de seus resultados quanto de seus fundamentos, sempre contingente e aprimorável. Seus fundamentos são históricos e datados, a nossa racionalidade, ela própria, um produto humano e como tal porta todas as nossas características.

Exploradas a precariedade de nossa razão, mesmo no campo das chamadas ciências duras e a constante necessidade do questionamento sobre a produção do conhecimento, falta agora esclarecer de que modo o que trabalhamos acima se relaciona com a linguagem, compondo, dessa maneira, o pano de fundo do conceito de paradigmas.

A comunicação se dá exatamente no paradoxo da linguagem “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”. Tudo que estou dizendo acerca das influências teóricas que compõem as reflexões do constitucionalista mineiro, faço no pressuposto de que posso ser entendido, isso se funda em determinadas idealizações que possibilitam e limitam as interações entre sujeitos em busca do entendimento, compondo o que Menelick, com base em Habermas, denomina de “pano de fundo de um silêncio compartilhado”.

Essas idealizações consistem, em primeiro lugar, na atribuição de idêntico significado aquilo que dizemos. Dito de outro modo é preciso presumir que falantes e ouvintes entendem e utilizam as expressões gramaticais de forma idêntica.

Em segundo lugar, é preciso que os interlocutores pressuponham que haja responsabilidade, autonomia e sinceridade entre eles. Ou seja, “devem supor que entre falante e ouvinte se estabelece uma relação de respeito e reconhecimento mútuo, caso contrário se estaria desqualificando o outro precisamente como interlocutor” (REPOLÊS, 2003, p. 49).

Em terceiro lugar, é preciso pressupor que há nos proferimentos pretensões de validade que não se limitam ao contexto. Essas pretensões de validade são:

1) à verdade proposicional: falante e ouvinte pressupõem que os proferimentos que cada um emite podem ser aceitos como verdadeiros, já que na comunicação ambos visam poder compartilhar o seu saber com o outro; 2) à veracidade subjetiva: eles pressupõem que um diz ao outro o que realmente pensa, que ele não está mentindo, pois cada um quer que o outro acredite no que ele diz; 3) à correção normativa: eles pressupõem que o proferimento pode ser aceito como justo, que tem como referência normas e valores vigentes, intersubjetivamente reconhecidos (REPOLÊS, 2003, p. 49).

A comunicação que ocorre no campo fático traz consigo pressupostos de condições ideais para o diálogo, possibilitando que a fala possa ser questionada a qualquer momento. O processo de construção do consenso pressupõe que falante e ouvinte visem entender-se sobre algo no mundo, quando isso não se realiza, uma das pretensões que exploramos acima fica suspensa, cabendo a uma das partes problematizar o ponto controverso, de modo a realizar um exame discursivo da pretensão.

O discurso seria a constante possibilidade de se questionar determinado ponto que inicialmente parecia incontroverso, a fim de reconstruí-lo atribuindo a ele novo significado.

Ao retirarmos do pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio qualquer palavra que consideremos de sentido óbvio, trazendo-a para o universo do discurso, como fizemos com o termo democracia, veremos que acerca de seu significado havia não um acordo racional mas mero *preconceito*, ou seja, uma apreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber algum. E conquanto efetivamente possamos provar empiricamente que a comunicação não se dá, ao fazê-lo, provamos unicamente que o mal entendido é possível, o que, portanto apenas confirma o entendimento como regra geral (CARVALHO NETTO, 2002)

É exatamente o uso da filosofia da linguagem presente no conceito de paradigma de Thomas Kuhn que permite uma abordagem produtiva no campo constitucional, afastando a mitificação da razão que, como vimos, representou a falência daquilo que os homens que inventaram a modernidade acreditavam ser inquestionável, ao mesmo tempo em que possibilita termos a noção

de que a ciência e, no nosso caso, também o direito, não se desenvolvem de maneira linear e neutra, mas com rupturas, avanços e tropeços, permitindo a mudança no modo que interpretamos o mundo.

Definido o que é paradigma e demonstrada como ele se encontra imbricado com o giro linguístico de 60, passaremos a focar como esse debate da filosofia da ciência e da linguagem é operacionalizado na seara do constitucionalismo.

OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

“Ampliando e redefinindo, com Habermas, o conceito de paradigma, para o campo das ciências sociais e, no âmbito desse, para as reflexões acerca do direito” (CATTONI, 2012, p. 72).

Um paradigma explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, como devem ser entendidos e tratados os princípios do Estado de direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir no dado contexto, as funções que normativamente lhes são atribuídas. Um modelo social do direito (wiecher) representa algo assim como a teoria implícita que a sociedade tem do sistema jurídico, a imagem que este faz de seu ambiente social. O paradigma jurídico indica, então, como no marco de tal modelo, podem ser entendidos e realizados os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito (HABERMAS, 1998, p. 264).

“Aqui, para denominar os paradigmas constitucionais, empregamos precisamente o nome dado pelas próprias Constituições ao tipo de organização política que elas prefiguram ou prefiguravam” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 75).

O primeiro deles é chamado paradigma do Estado de Direito, é ele que permite a ruptura com a estrutura social rígida, absoluta e hierarquizada típica do contexto pré-moderno. Ao promover a separação entre Direito, Moral, e a Política, esse paradigma permitiu pela primeira vez na história afirmar que todos os indivíduos são livres, iguais e proprietários. A liberdade então passa a ser entendida como a possibilidade de se fazer tudo o que a lei não proíbe.

verifica-se o maravilhamento dessas pessoas pelo fato de que, pela primeira vez na história, é possível um ordenamento jurídico único constituído de leis gerais e abstratas, válidas para a sociedade como um todo, precisamente porque todos devem ser iguais diante da lei, todos são proprietários, todos são sujeitos de direito (CARVALHO NETTO, 2002, p. 75).

Nessa altura de suas aulas, nosso professor, para elucidar a criação da individualidade promovida pela modernidade, costuma citar, de modo parafraseado, uma passagem dos inscritos de Jonh Locke, presente em “*O segundo tratado sobre o governo*”, lembra Menelick:

eu posso ver que os homens são diferentes; são altos, baixos, gordos, magros, ricos, pobres, mas, na verdade, quando digo que todos são iguais, pretendo dizer que todos são iguais diante da lei, diante das oportunidades da vida. A lei não deve obrigar ninguém em razão da sua condição de nascimento, deve exatamente terminar com os privilégios de nascimento. É essa a grande função da idéia de igualdade formal, colocar fim às ordens escalonadas de privilégios das castas, das corporações de ofício, da rígida hierarquia e imobilidade sociais. Uma igualdade que

se assenta no fato de, como vimos, pela primeira vez na história, todos nessa sociedade serem proprietários, no mínimo, de si próprios. Mesmo o sujeito mais pobre dessa sociedade é proprietário e, portanto, é capaz de realizar atos jurídicos, de comprar, de vender, e, assim, pode comparecer diariamente ao mercado, vendendo aquela mercadoria que possui que é, no mínimo, a sua própria força de trabalho (CARVALHO NETTO, 2002, p. 76).

Com a invenção do indivíduo, a pessoa pode ser vista agora como “uma mônada isolada, cheia de apetites e plena de egoísmo no mercado, e não mais como um microcosmo que só adquiriria sentido como parte de um todo; a sociedade” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 76).

Juntamente com a invenção do indivíduo, é nesse paradigma que podemos verificar a separação entre sociedade civil e a sociedade política. A sociedade civil seria o terreno dos direitos naturais (liberdade, igualdade e propriedade), onde todos, por nascimento, são livres, iguais e proprietários, no mínimo de si próprios, e detentores dessas exigências racionais vistas como direitos imanes e inalienáveis. Apesar disso, nem todos os indivíduos são membros da comunidade política, vê-se precisamente que:

embora, por nascimento, todos participassem da sociedade civil, do que denominavam sociedade política, do Estado, nem todos deveriam participar apenas “a melhor sociedade”, somente os que tivessem uma renda acima de tanto – o voto censitário - ou educação de nível universitário. Para eles a igualdade deveria se traduzir em se dispensar igual tratamento aos desiguais, e assim, com o fim da escravidão, dos laços de servidão e vassalagem, das corporações de ofício, alcançado através da modernização do Direito, ou seja, da instituição de um único ordenamento de normas gerais e abstratas, válidas para a sociedade como um todo, todos são sujeitos de Direito. Por isso mesmo, acreditavam, em nível ideal, que a exigência de um certo patamar de renda ou educacional como critério para participar passiva e ativamente da “sociedade política” não ferisse o princípio da igualdade. Pois para eles essas exigências não se vinculariam às condições de nascimento, mas de simples desempenho; a princípio, todos poderiam alcançar tal ou qual patamar de renda ou nível educacional; daí a necessidade do censo precedendo cada pleito (CARVALHO NETTO, 2002, p. 6).

Público e privado são vistos como ordens opostas. A relação entre Estado e indivíduo configurava-se por status negativo, ou seja, o Estado deveria se abster de agir (*l'État-gendarme*) para que os indivíduos formalmente iguais pudessem desenvolver livremente as suas propriedades. Como enfatiza o constitucionalista mineiro, no presente paradigma a “seta valorativa volta-se para esfera pública”.

No contexto pós I Guerra Mundial, é possível verificar um desgaste desse paradigma, a ideia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos, levou a maior “exploração do homem pelo homem que se tem notícia em nossa história”. Como movimento de negação às mazelas causadas pela igualdade formal, vimos a reação dos movimentos de trabalhadores e trabalhadoras em busca de melhores condições de trabalho e pela possibilidade de participar da vida política.

A partir de então, o que vamos encontrar nas Constituições é a configuração de um novo tipo de constitucionalismo. “É o constitucionalismo social, que redefine os direitos fundamentais “liberdade e igualdade”, materializando-os, e para tanto amplia a tábua de direitos” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 77). O processo de aprendizagem exige mais do que uma mera adição aos direitos já conhecidos no paradigma do Estado de Direito, promovendo uma redefinição das noções de liberdade e igualdade.

Desse modo, não mais entendemos liberdade como ausência de leis e igualdade como algo meramente formal. “A ideia de liberdade agora se assenta numa igualdade tendencialmente material, através do reconhecimento na lei das diferenças materiais entre as pessoas mediante a proteção do lado mais fraco das várias relações” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 77). Esse é o paradigma do constitucionalismo social ou, como algumas Constituições denominavam paradigma do Estado Social.

Nesse novo paradigma, segundo Menelick de Carvalho Netto:

é o Estado que assumirá agora o papel do Leviatã capaz de produzir um programa de ações que possibilite a cidadania para essa massa de desvalidos, que os incorpore de fato ao Direito Constitucional. Se antes a cidadania envolvia apenas o direito de voto, enquanto cidadania formal, agora requer-se a sua materialização. Paradoxalmente, embora a nova concepção de liberdade e de igualdade ou, em termos práticos, de cidadania constitucional, passe assim a exigir o direito de acesso à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, à previdência ou mesmo à seguridade social, aos direitos sociais e coletivos enfim, aporta, como consequência perversa, a suposição subjacente de que, precisamente em razão da absoluta carência da população em geral de todos esses direitos materializantes da cidadania, a própria cidadania só pode ser tratada como massa, como conjunto dos destinatários, dos objetos, dos programas sociais, jamais como os seus sujeitos, ou seja, são programas cuja autoria seria garantida como exclusivamente estatal (CARVALHO NETTO, 2002, p. 78).

O desgaste desse paradigma se deu justamente pela tentativa de promover a materialização dos direitos como algo totalmente externo, alheio à participação dos principais afetados e afetadas pelas políticas públicas do Estado, promovendo, a redução do público ao estatal. A promessa de uma cidadania que nunca chegou, juntamente com a privatização do público pela burocracia estatal que, na tentativa de materializar direitos fundamentais, acabou por promover uma “tutela paternalista”.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, nomenclatura utilizada por Jurgen Habermas, outra vez não estamos diante de um “mero alargamento da tábua de Direitos fundamentais, mas de outra mudança de paradigma, o que significa outra mudança total da visão de mundo e do constitucionalismo” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 79).

A questão do público e privado nesse novo paradigma volta a ser central, ao analisarmos a questão da cidadania, é preciso entender a relação de equiprimordialidade entre a dimensão pública e privada⁹².

Nessa direção, aponta Jurgen Habermas:

Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos (HABERMAS, 2002, p. 294).

A partir dessa noção, afirma Menelick de Carvalho Netto:

Público e privado são dimensões em permanente tensão e interdependentes, pois a redefinição requerida pelo aporte, por exemplo, dos direitos da criança ou da mulher casada fizeram com que mesmo aquele espaço mais privado, o lar ou o leito conjugal, se transformasse em espaço público, onde direitos são garantidos contra os pais ou o marido. Existem dimensões públicas que hoje atravessam mesmo os recintos mais privados, e o próprio público é uma esfera que não pode ser confundida com a do Estado, reatando-se, outra vez, com aquela noção de povo que não pode ser visto como consciência coletiva ou algo desse tipo, mas, a rigor, requer ser focado como fluxos comunicativos, como possibilidade de participação, enfim, toda uma complexidade doutrinária que é requerida hoje para darmos conta dos desafios que temos que enfrentar (CARVALHO NETTO, 2002, p. 80).

Essa relação interna entre Estado de Direito e Democracia foi encoberta pela concorrência dos paradigmas jurídicos que vimos anteriormente. Cabe ao paradigma do Estado Democrático de Direito pensar a constante tensão entre essas dimensões, de modo a não promover uma mera oposição ao sofrido conhecimento que a vivência constitucional dos dois últimos paradigmas foi capaz de nos proporcionar. É exatamente esse desafio que se colocou em 1988 e que se coloca para o atual estágio de nossa constituição.

Assentados os pressupostos teóricos que compõe “o pano de fundo” das aulas e reflexões de nosso professor, passaremos – como prometido na introdução – ao debate acerca da legitimidade da constituição, demonstrando que sua promulgação no dia 5 de outubro de 1988, representou uma ruptura com o governo autocrático inaugurado pelos militares com o golpe de 1964.

O PROCESSO CONSTITUINTE COMO DISPUTA NARRATIVA

⁹² Ver: **HABERMAS**, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, cap.IX, 2010.

205 **CAPARELI**, Felipe Vinícius. A teoria da constituição brasileira: processo constituinte e a legitimidade da constituição (...)

Desde meados dos anos 70, tornou-se recorrente em nossa historiografia acerca da transição da ordem autocrática para a democrática, uma particular narrativa que busca negar ao processo constituinte a manifestação de um poder constituinte originário. Há uma tentativa de se formar uma memória política oficial em relação ao regime militar, segundo a qual a transição política para a democracia nada mais foi que um pacto político, palaciano, uma solução conciliatória que permitiria a transição para a democracia sem rupturas.

Aprendemos com Emmanuel de Siéyès, que o poder constituinte, quando da incapacidade das instituições de lidarem com as complexidades de determinada nação, “rompe com a sua própria história jurídica e político-institucional, inaugurando *ex novo*, outra ordem jurídico-política” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 6). Ele é soberano na medida em que não se vincula a nada e a ninguém, e é ilimitado, pois não há matéria que não seja passível de ser destruída, dando lugar a algo totalmente diferente. O poder constituinte seria assim, por definição, ilimitado em relação ao direito positivo, pois existiria precisamente para promover essa ruptura institucional (CARVALHO NETTO, 2002, p. 6).

A partir da própria concepção de poder constituinte podemos ver como a polêmica sobre a legitimidade constitucional de 1988 se vincula, na verdade, aos vários atos preparatórios que, no entanto, não alcançaram macular o processo constituinte propriamente dito.

O primeiro deles diz respeito ao modo de convocação do processo constituinte de 1987-88, fruto de uma emenda à Carta de 1967-69, seu poder de constituir estaria limitado, tendo a ordem constitucional anterior como fundamento de legitimidade. Dessa forma, a elaboração da constituição deveria figurar como mero poder constituído derivado que, como sabemos, é capaz de promover alterações sutis, nos limites impostos pela manutenção da ordem a ser reformada, sendo incapaz de promover rupturas.

O plano Cruzado que terminou no dia da eleição do Congresso Constituinte certamente contribuiu decisivamente para que o eleitorado sufragasse um dos congressos mais conservadores de nossa história.

Como não se alcançou uma constituinte exclusiva e nem a renovação dos senadores, para garantir a natureza de câmara permanente ao Senado – que sempre se dá de forma parcial e alternada a cada eleição geral – senadores com o mandato em curso eleitos no pleito anterior, sem terem recebido, portanto, dos eleitores os poderes atribuídos naquela eleição específica, atuaram como constituintes e por essa razão foram ironicamente denominados “senadores biônicos”. Assim, além de problemas jurídicos de fundamentação, o processo constituinte padeceria de um problema político, pois, a nova Constituição que eles viessem a elaborar representaria também nesse sentido,

“uma continuação da Constituição anterior, uma vez que a vontade política da Assembleia Nacional, em último grau, havia sido formada sobre a égide do Direito Constitucional e Eleitoral até então vigente” (CATTONI, 2010, p. 206).

Esses vícios formais quando da convocação da assembleia constituinte e de sua composição, compõe majoritariamente as críticas que vem de distintos lados da bússola ideológica. À esquerda, eles, os vícios, criaram uma constituição viciada, incapaz de se efetivar, pois ao não promover uma brusca ruptura institucional com a ordem militar e barrar a participação popular do processo constituinte, a constituição de 88 institucionalizou, no limite, “a condição de possibilidade dos desrespeitos em curso efetuados por setores específicos da sociedade brasileira, setores esses historicamente alheios e avessos às reivindicações populares” (CATTONI; GOMES, 2016, p. 69). À direita, eles apenas reconfirmaram os vastos exemplos de transições encasteladas, restrita as elites políticas que, no limite, funda a própria construção da identidade brasileira como aquela caracterizada pela passividade, traduzida na tríade constitutiva do brasileiro: carnaval, futebol e samba.

Em sentido oposto, defendemos o caráter originário do poder constituinte que promoveu a emergência da ordem constitucional de 1988, um “poder constituinte entendido como poder comunicativo e que se desdobra ao longo do tempo por meio de um processo de aprendizado histórico” (CATTONI, 2010, p. 25) que, como vimos no início dessa reflexão a partir da noção de paradigmas, se desenvolve de forma não linear e sempre passível a retrocessos.

A narrativa de uma transição sem percalços e sem quebras de continuidade não nos parece sobreviver à verificação histórica. Cabe dizer que o regime autoritário não era monolítico, mas marcado por divisões internas, “com valores e interesses comuns e divergentes no que diz respeito à caracterização e à atuação do próprio regime, como o evidenciam as designações linha dura e linha moderada” (CATTONI, 2010, p. 211). Também é importante lembrar que:

que mesmo nos momentos de maior fechamento do regime – da edição (em 13 de dezembro de 1968) à revogação (em 17 de outubro de 1978) do Ato Institucional nº 5 – havia espaços sociais, político-institucionais e jurídicos que, embora fragmentários e escassos, foram sendo ocupados cotidianamente, em maior ou menor medida, por atores políticos, tanto ligados à “oposição” quanto à “situação” (distinção inclusive que em muitos aspectos é mais gris do que se imagina), agravando ainda mais – e de forma explosiva e imprevisível – as tensões internas ao regime (CATTONI, 2010, p. 211).

É preciso questionar o próprio conceito de transição que, como vimos, “é marcado por uma pluralidade interna, por idas e vindas, continuidades e discontinuidades, valorizações e transvalorizações, enfim, por vários extratos semânticos de sentido e por um paralelogramo de forças políticas e sociais, que ora convergem, ora se distanciam” (CATTONI, 2010, p. 211).

Acreditamos juntamente com o professor Menelick que a legitimidade da constituição de 1988 não reside como vimos anteriormente, na emenda constitucional 26/85⁹³, nem tampouco no processo eleitoral que a precedeu. Ela reside justamente no processo constituinte participativo de sua elaboração, que resgatou algo que já se manifestava de forma embrionária bem antes dos anos de 87 e 88.

“Para dar carne às nossas afirmações teóricas” precisamos, como afirma Walter Benjamin, escovar a história a contrapelo, isso significa admitir estarmos diante de uma disputa sobre a narrativa dos acontecimentos vinculados à constituinte. Ao fazermos um breve retorno aos acontecimentos à época, teremos alguns exemplos do que queremos afirmar:

As manifestações, passeatas e protestos em praça pública contribuíram para a criação de uma nova cultura política, de movimentos de protesto que vão culminar nas greves do operariado no ABC paulista e em Minas Gerais e do chamado novo sindicalismo de fins dos anos 70 ou nas grandes manifestações em torno da campanha das Diretas-já no início dos anos 80; A instalação da Assembleia Constituinte/congresso nacional (1º de fevereiro de 1987) inexistindo um anteprojeto oficial, elaboração e aprovação de um regimento interno inovador na história constitucional brasileira – tanto no que diz respeito às fases e estrutura de funcionamento, quanto no que se refere à abertura e garantia de participação popular nos trabalhos das comissões –, com as audiências públicas, com os seminários promovidos, com a possibilidade de apresentação de emendas populares e sugestões dos diversos setores organizados da sociedade. Ampla mobilização da sociedade em torno dos trabalhos constituintes. Perdas de Sarney no Congresso e na Constituinte, crise econômica, ruptura entre Sarney e Ulysses, autoafirmação da Constituinte em face do Governo Sarney. Aprovação do Projeto Afonso Arinos com parlamentarismo e quatro anos para Sarney na Comissão de Sistematização. Renegociação e recomposição de forças, cisão no PMDB, formação do “Centrão”, mudança do regimento interno que, contudo, não foi capaz de reverter avanços substanciais em matérias centrais, e criação do PSDB. Votação em plenário do Projeto A de Constituição (1º turno), votação do Projeto B (2º turno), o texto do Projeto aprovado vai à comissão de redação, aprovação do texto final, promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988 (CATTONI, 2010, p. 212).

É preciso abandonar a perspectiva dos vencedores, perspectiva essa que “despreza a visão dos oprimidos, fechando os olhos para as lutas políticas por direitos e pelo reconhecimento da cidadania” (CATTONI, 2010, p. 14) e mergulhar naquilo que oferece material rico para nossas afirmações, qual seja, o papel que os fluxos comunicativos oriundos da sociedade civil e dos movimentos sociais tiveram no período histórico que estamos tratando e que possibilitou a promulgação “de um dos documentos mais democráticos de nossa história”. A legitimidade de nossa constituição está no próprio processo constituinte que, apesar de todas as tentativas de condução pelo alto, possibilitou o reconhecimento de um rol de direitos fundamentais nunca antes elevados ao status constitucional, provando mais uma vez que embora a esfera pública tenha o Estado em seu

⁹³Como exemplificação da narrativa de uma transição pelo alto que aqui queremos afastar, vale a pena conferir o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, sobretudo os votos dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes.

centro, enquanto instância de generalização e de imposição, certamente ele não esgota essa esfera, sob pena de privatizá-la, “ela envolve necessariamente o pluralismo social da sociedade civil organizada, o pluralismo dos fluxos comunicativos das várias arenas em que a opinião e a vontade públicas podem se constituir e se constituem” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 10).

O PROBLEMA DO RECORRENTE DESCUMPRIMENTO DA CONSTITUIÇÃO

“Tradicionalmente, no Brasil e alhures, sempre se buscou explicar o que se via como distanciamento entre a prática e o texto constitucional, bem como a consequente desestima constitucional daí decorrente, pela oposição *real x ideal*.” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 15).

Os empregos dessas categorias analíticas têm origem num contexto do segundo grande paradigma constitucional que analisamos brevemente no item terceiro desse trabalho. Com o processo de materialização do direito no segundo quartel do século XX, o constitucionalismo social voltou-se ao debate acerca da eficácia das constituições. Para os autores da época, a semelhança quase que absoluta dos textos constitucionais no sentido de afirmar e garantir direitos, sobretudo os sociais, encobriria vivências muito distintas. “O estudo comparado das Constituições requereria, a partir de então, a reconstrução do texto tal como compreendido em seu contexto próprio de aplicação e vivência” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 15).

Foi assim que Karl Loewenstein, com sua teoria ontológica da constituição, a partir do binômio “legitimidade” / “eficácia”, mediante o cotejo do texto com a realidade vivenciada - o cotejo da Constituição formal ou “ideal” com a “real” ou vivenciada, poder-se-ia chegar à classificação da Constituição como “nominal”. Aquele tipo de Constituição que embora tivesse como parâmetro de aferimento de legitimidade a vontade popular, acolhendo os anseios de justiça de determinada comunidade, encontraria na dura realidade econômica e social obstáculos que mitigariam as aspirações de justiça daquela comunidade, sendo impossível o seu pleno desenvolvimento. Dado a dura realidade econômica e social, ela serviria como um farol que guiaria a sociedade na escuridão em busca de uma sociedade igualitária.

“O emprego dessas categorias analíticas, de modo opostos e excludentes, não descrevem meramente o fenômeno que se pretende denunciar, mas, ainda que de modo não intencional, termina por justificar a distância, o hiato, que se pretendia e se pretende combater” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 15).

Novamente com Luhmann, aprendemos que essas explicações antropológicas que empregam categorias analíticas de modo oposto e excludente, ao se pretenderem críticas e denunciadoras da

distância entre a constituição “real” e constituição “ideal”, terminam vítimas de sua própria armadilha conceitual, justificando essa distância a título de descrevê-la:

E isso porque tomam a “*idealidade*” como algo oposto e oponível à “*realidade*”, como se qualquer “*ideal*” não estivesse profundamente mergulhado na gramática de práticas sociais da qual emerge, na denominada “*realidade social*”, e sobre a qual visa influir, e como se pudéssemos ter acesso a uma objetividade, que a atual filosofia da ciência certamente reconheceria como mítica, retratada em uma normatividade absolutizada como o “*real*”. Padrões de comportamento social são assim elevados à condição de “*realidade objetiva*”, e desse modo, como resultado, passam a ser inquestionáveis não somente em sua suposta concretude comportamental majoritária, mas é generalizada e absolutizada como o “*real*”. Esses padrões de comportamento terminam, portanto, imunizados teoricamente contra os demais padrões socialmente concorrentes, desqualificados como “*meras idealidades*” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 7).

Isso faz com que paire no imaginário brasileiro uma identidade constitucional que, como já foi dito antes aqui, se funda na passividade ontológica do povo brasileiro. Teorias sociais que se apoiam nesse diagnóstico, na pretensão de serem críticas, nada mais fazem do que reafirmar as próprias mazelas que elas anseiam em denunciar, reduzindo o conceito de povo a mero ícone⁹⁴

“O tratamento constitucionalmente adequado dessa problemática requer certamente a sua recolocação em termos teóricos mais complexos, capazes de dar conta da complexidade do próprio tema” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 16). “Esse tratamento é aquele que reconhece a legitimidade como algo interno ao próprio direito, ela remete agora para as condições formais e materiais do funcionamento das instituições retendo-se à ideia de soberania popular tomada como o fluxo da própria discussão democrática” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 18).

Em outros termos,

a Constituição há de sempre ser tomada como normativa e não mais pode ser vista e estrategicamente empregada de forma simbólica ou nominal. Essa tríade de conceitos que se imbricam e se pressupõem – legalidade, legitimidade e constitucionalidade – encontra seu ponto fulcral e, em um Estado Democrático de Direito, sua nota essencialmente distintiva, na legitimidade democrática, pois legalidade e constitucionalidade podem ser semântica e autoritariamente colonizadas (CARVALHO NETTO, 2002, p. 18).

O problema de descumprimento de nossa constituição seria um problema de fragilidade institucional e não de debilidade ou carência normativa. Não basta a elaboração de normas, “é preciso alterar a postura, os padrões e expectativas de comportamentos no nível das práticas cotidianas, a articular concretamente efetividade, legalidade, constitucionalidade e legitimidade de um modo constitucionalmente adequado” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 19).

⁹⁴ Ver: MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 1998.

“Para motivar essa alteração de postura é preciso resgatar o debate público acerca da *legitimidade* ou *ilegitimidade* da atuação das próprias instituições, no mais profundo sentido constitucional que esse binário é hoje capaz de portar” (CARVALHO NETTO, 2002, p. 19). Acreditamos que o referido debate, apesar de toda tentativa de controle, foi viabilizado pelo processo constituinte de 87-88, traduzindo-se em fluxos comunicativos oriundos da periferia da esfera pública pressionando o centro ocupado pelo Estado, o que resultou no dia 5 de outubro de 1988, a promulgação de nossa constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma melancolia constitucional toma conta do trigésimo natalício de nossa constituição. Vivemos tempos difíceis, em que certo ceticismo nos paralisa, há algo a se comemorar? O processo de aprendizagem constitucional em qualquer que seja o paradigma que aqui analisamos, nos ensina que a superação de um estado de coisa e a resignificação dos direitos é acompanhado por um processo de negação. Para além de uma comemoração é preciso lutar, foi por meio da luta que no constitucionalismo liberal – contra as desigualdades naturais do antigo regime – conquistamos nossa liberdade das amarras pré-modernas. Foi lutando no paradigma Social que conquistamos os direitos trabalhistas e políticos. E é lutando no Estado Democrático de Direito que os movimentos sociais buscam realizar suas pautas. Deve-se, portanto, explorar as tensões presentes nas práticas jurídicas fazendo uso de uma dimensão principiológica que, como vimos já se encontra presente e possibilita uma crítica às desigualdades concretas ainda não problematizadas.

Como vimos, em meados da década de 1980, “foi necessário defender a necessidade de uma nova Constituição que viesse institucionalizar a colocação de um ponto final na ditadura militar” (CATTONI; GOMES, 2016, p. 91). Logo depois, quando da sua elaboração, “foi necessário defendê-la contra a retórica da continuidade, contra os argumentos que procuravam diminuí-la e fazer dela nada mais do que uma filha tardia do próprio regime militar” (CATTONI; GOMES, 2016, p. 91). “Foi preciso mostrar, como vimos durante toda nossa exposição, que ela era a expressão de um poder constituinte originário, dotada de uma legitimidade política nunca antes vista na história constitucional” (CATTONI; GOMES, 2016, p. 91). “O passado é tão aberto quanto o futuro” e, “hoje, três décadas depois, é novamente necessário defendê-la contra todas as tentativas de regresso conservador, contra todas as tentativas de destruí-la para tornar possível o retrocesso a formas de dominação social pré-1988” (CATTONI; GOMES, 2016, p. 91).

“É insistir num equívoco acreditar que a Constituição por ela mesma é capaz de transformar a realidade, ou que mais uma emenda constitucional vai resolver o problema da falta de efetividade da Constituição” (CATTONI, 2008, p. 26). Essa concepção nos levaria a um retorno ao conceito material de constituição que nada tem a nos oferecer a não ser a falsa imagem de um posicionamento

crítico da realidade que guarda por detrás de sua máscara a patologia autoritária da modernização, “contribuindo para frustrações e para o agravamento do sentimento de fracasso constitucional” (CATTONI, 2008, p. 26).

“É preciso realizar o reencantamento com nossa constituição”, fazer com que ela seja mais do que uma “história de promessas não cumpridas”. Isso importa a noção de que ela não está à disposição do Supremo Tribunal Federal, que através de um discurso que afirma seu caráter “iluminista” – atribuindo a si o papel de vanguarda que traz luz para escuridão da “passividade brasileira” – privatiza o significado da constituição contra a própria constituição.

Por isso mesmo é necessário resgatar a lição de Ronald Dworkin para vermos que a Constituição de 1988 foi capaz de transcender limites de seu texto para inaugurar uma comunidade viva de princípios.

Não seria possível contar a história de nossa constituição e falar do permanente processo de conquista de direitos que a ela estão vinculados, sem falar das contribuições de Menelick de Carvalho Netto. Nos últimos 30 anos ele tem nos ensinado a importância de tomarmos a constituição enquanto processo, como uma comunidade de princípios “aqui e agora”, aberta aos fluxos comunicativos da sociedade civil e que possibilita o reconhecimento de que somos livres e iguais. Uma constituição que não se reduz ao autoritarismo de um conceito “material”, mas que também não padece de um déficit sociológico cego aos entraves sociais. Uma constituição viva e vivida, plural, não-identitária, e que possibilita a participação de todos os potenciais afetados e afetadas por ela no processo democrático de tomada de decisões.

A grande obra de Menelick é como o conceito de constituição formulado por ele, assim como a constituição transcende o texto, e se verifica como um projeto sempre aberto a espera de um *por-vir*, sua obra encontra-se nos corações e mentes de seus orientandos e orientandas, manifestando-se das mais diferentes formas de um projeto vivido e sempre em construção, afinal, o Direito Constitucional é vida - ou é vida ou não é nada!

REFERÊNCIAS

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Constituição da Europa** In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Crise e desafios da Constituição: Perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 281-290.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A contribuição do direito administrativo focado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição.** Rev. TST, Brasília, vol 68, nº2, abr/jun 2002. pp. 73.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 141-164.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto.** *Revista do Ministério Público Estadual do Maranhão*, n.º 9, jan/dez. de 2002, pp. 5-50.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.** *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v.3, pp. 473-486, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In) certeza do Direito – A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição.** Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

CATTONI, Marcelo. **Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada "transição política brasileira".** *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 3, pp. 200-229, 2010.

CATTONI, Marcelo. **O tempo da Constituição: a legitimidade da Constituição entre o direito e a política vinte anos depois.** In. *Uma homenagem aos 20 anos de constituição brasileira.* / Júlio Pinheiro Faro Homem de Siqueira; Bruno Costa Teixeira (coordenadores). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. pp. 1-29.

CATTONI, Marcelo; GOMES, D.F.L. **História e Tempo presente: O debate constituinte brasileiro nas décadas de 1980-1990 e a atual proposta de uma nova assembleia constituinte.** In: *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 3, Núm. 6, 2016.

HABERMAS, Jürgen, **Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?** *Political Theory*, v.29, n.6, dec.2001, pp. 766-781.

HABERMAS, Jürgen, **Facticidad y Validez: Sobre elDerecho y el Estado Democrático de Derecho em términos de Teoria Del Discurso.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: TROTA, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos sobre teoria política.** Trad Gorge Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. ***Direito e democracia: entre facticidade e validade.*** Vol 1. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva** in. Journal. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220, cotejada com a tradução italiana de F. Fiore “*La costituzione come acquisizione evolutiva*”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg. Il Futuro della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996; tradução: Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Trad. Saulo Krieger. – São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** São Paulo: Max Limonad, 1998.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcêdo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo horizonte: Mandamentos, 2003.

REZENDE, Gabriel. **A máquina de Menelick**. In. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v.9, n.2 ,2017.

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