
Uma Necessária Reformulação da Teoria do Poder Constituinte Originário

José Emílio Medauar Ommati

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG; Professor da Graduação em Direito da PUC Minas – *Campus* Serro; Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas – *Campus* Serro; Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Itaúna – MG; Autor de diversas obras jurídicas todas publicadas pela Livraria e Editora Lumen Juris. emilioommati@gmail.com

Resumo

O presente ensaio busca lançar reflexões sobre a necessidade de uma reformulação da teoria do poder constituinte originário no Brasil. Para tanto, será feita uma revisão literária sobre os principais autores que abordaram o tema a partir do constitucionalismo francês e americano. Em seguida, será analisada as insuficiências da abordagem do tema pelos autores brasileiros e apresentados os argumentos que embasem a referida reformulação.

Palavras-chave

Poder Constituinte; Constituição; Constitucionalismo; Direito; Política.

A Necessary ‘Founding Fathers Theory’ Rethinking

Abstract

The following essay intends to present thoughts about the necessary ‘Founding Fathers Theory’ rethinking in Brazil. Therefore, we will make a bibliographical revision about the main theoreticals that analyzed the theme after the French constitutionalism and the American constitutionalism. Next, we will analyze the shortcomings in the Brazilian author’s analyze and we will present the arguments to sustain the necessary rethinking.

Keywords

Constitutional Foundation Power; Constitution; Constitutionalism; Law; Politics.

Sumário

Introdução; 1. Aspectos Centrais do Constitucionalismo Francês para a Teoria do Poder Constituinte; 2. Aspectos Centrais do Constitucionalismo Americano para a Teoria do Poder

Constituinte; 3. A Legitimidade do Direito Moderno Através ao Momento Constituinte: Uma Necessária Reformulação da Teoria do Poder Constituinte no Brasil; Referências.

Introdução

Ainda hoje no Brasil a teoria do poder constituinte originário se encontra presa a uma perspectiva do início da Modernidade, no sentido de entendê-lo como um poder político e não jurídico e, portanto, absoluto e ilimitado.

Utilizando-se de uma expressão de Carl Schmitt, podemos afirmar que a teoria do poder constituinte originário no Brasil ainda hoje se utiliza de conceitos teológicos secularizados.¹

O presente trabalho pretende discutir e propor uma reformulação da concepção de poder constituinte originário, buscando eliminar esses ranços autoritários e teológicos ainda presentes na concepção majoritária em nosso país.

Para isso, em um primeiro momento, discutirei a evolução do conceito de Constituição até chegar no nascimento da Constituição Moderna, para, nesse segundo momento, discutir como se construiu a teoria do poder constituinte originário na França e nos Estados Unidos e propor uma reformulação do poder constituinte originário que, acredito, esteja mais adequado ao paradigma democrático.

Pois bem. Em uma obra interessante, Maurizio Fioravanti nos mostra que, ao contrário do Estado, que é um fenômeno tipicamente moderno, pode-se perceber que a Constituição sempre existiu.² Mas, em que sentido este autor pode fazer tal afirmação?

Isso se deve ao fato de que o termo Constituição é plurívoco, ou seja, admite vários significados, muitas vezes conflitantes. Assim, quando Fioravanti afirma que a Constituição sempre existiu na história da humanidade, ele está jogando com essa multiplicidade de sentidos que o termo pode adquirir.

Dessa forma, para que se possa entender em que sentido a Constituição sempre existiu, é necessário que entendamos os significados que o termo Constituição pode adquirir, e isso será feito a partir de uma rápida reconstrução da história europeia.

A discussão sobre o conceito de Constituição remonta a Aristóteles. Nele, a Constituição (politeia) era concebida, em um sentido muito abrangente, como a ordem da polis, ou seja, como um conjunto normativo que organizava e configurava a estrutura social de determinada comunidade. Tais normas eram de naturezas as mais diversas, tais como normas morais, religiosas,

¹ Nesse sentido, vide: SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Madrid: Trotta, 2009.

² FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Días**. Madrid: Trotta, 2001;

econômicas, políticas e jurídicas. Esse conceito desempenhou uma função importantíssima até o início da Modernidade quando, agregada a essa noção, vem se juntar a noção de Constituição formal e rígida.³ Esse primeiro conceito de Constituição é o que denominamos de Constituição **em seu sentido material**, ou simplesmente **Constituição material**, ou seja, um conjunto de normas em que se percebe o caráter constitucional a partir do seu conteúdo, de sua matéria. E esse conteúdo constitucional pode ser percebido em razão das normas organizarem e configurarem as relações fundamentais da comunidade. Esse conceito de Constituição ainda hoje é prevalecente na Inglaterra.

Muitas vezes, os antigos e medievais comparavam a constituição política de sua comunidade à própria constituição do corpo físico. Assim, era preciso estudar os mecanismos que levariam à saúde ou degenerescência do corpo social, da constituição dessa comunidade, tal como se estudava os mecanismos e sintomas que levavam à doença do corpo físico. Daí a utilização em muitas obras da época dessa aproximação com a Medicina para se estudar e propor regras para uma boa constituição social.⁴

Nesse sentido, como mostra Cícero Romão Resende de Araújo, nesse período, todas as repúblicas concretas são pensadas como constituições mistas, cujas partes, porém, podem estar (ou não) adequadamente “misturadas”, mantidas(ou não) num certo “equilíbrio”. Daí a comparação dessas constituições com metáforas médicas, mecânicas e até musicais são empregadas para expor a teoria. Como afirma o autor:

A própria terminologia da qual deriva a palavra “constituição”(tradução moderna do grego *politeía* e do latim *constitutivo*) refere-se a uma dessas metáforas: tal qual o corpo físico, o corpo político é uma composição intrincada de partes simples. Essas partes podem e devem incluir “humores” ou “forças” opostas, desde que sejam neutralizadas ou equilibradas no conjunto. Do contrário, o corpo político, tal qual o corpo físico, “adoece” e corre o risco da “morte” – isto é, de iniciar um movimento de decomposição até a completa desintegração de suas partes. E, tal como a febre e o mal-estar, o sintoma mais importante desse desequilíbrio é o choque desenfreado entre os grupos sociais que, no interior da comunidade, encarnam os humores ou as forças opostas do corpo político.⁵

Também aqui prevalecia o sentido material de constituição, tal como muitos defendiam que a melhor constituição seria a mista, ou seja, que conseguisse unir Monarquia, Aristocracia e Democracia.⁶ Na Alemanha, por exemplo, durante a Idade Média, houve uma gradual transformação do termo constituição que, inicialmente, era referido através da expressão

³ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 56 a 57.

⁴ MOHNHAUPT, Heinz e GRIMM, Dieter. **Constituição: História do Conceito desde a Antiguidade até nossos Dias**. Belo Horizonte: Tempus, 2012.

⁵ ARAÚJO, Cícero Romão Resende de. **A Forma da República: Da Constituição Mista ao Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. XIV a XV.

⁶ Nesse sentido, a defesa feita por Políbio da Constituição Mista. Sobre isso, ver: BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 9ª edição, Brasília: UnB, 1995.

Konstitution, passando a se utilizar a expressão mais moderna **Verfassung**.⁷ Segundo Mohnhaupt e Grimm, o novo termo(**Verfassung**) provinha de outra expressão alemã e pretendia significar ligação, pacto, acordo. Embora tenha havido essa mudança de terminologia, ainda aqui, nesse momento, o sentido de constituição para os alemães era de acordo, pacto, contrato, o que viria a ser assumido pelas revoluções burguesas posteriores. Ainda estamos presos ao sentido material de constituição.

No entanto, a tal conceito foi agregado um segundo conceito, que se tornou de maior fundamentalidade para o período moderno, qual seja, o conceito de Constituição formal e rígida. Mas, para que se possa entender como esse novo conceito surgiu e qual a sua importância, necessária se faz uma digressão sobre as características do Direito Moderno, a função da Constituição formal e rígida e o papel dos Tribunais no ordenamento jurídico, bem como sobre a evolução do Direito e da sociedade como um todo. Aqui, desde já, para se evitar mal entendidos, o termo evolução é empregado como sinônimo de aumento de complexidade do sistema social e não como algo que é necessariamente melhor. De acordo com Luhmann:

A evolução ainda vem concebida como aumento de complexidade, como aumento do número e da diversidade das situações e dos eventos possíveis, mas o mecanismo que produz tudo isto é entendido hoje de um modo muito mais complicado. [...] De uma perspectiva interna ao sistema, a evolução pressupõe que possam ser satisfeitas três funções diversas: 1) produção de possibilidade de tipo novo no interior do sistema, quanto ao mais invariável, 2) seleção das possibilidades utilizáveis e exclusão daquelas inutilizáveis e 3) estabilização das possibilidades utilizáveis na estrutura do sistema.⁸

Em outra obra, Niklas Luhmann melhor esclarece essa ideia de evolução aplicada ao Direito da Sociedade:

Empregaremos aqui o conceito de evolução de Darwin, o qual, por mais que ainda possa ser melhorado, é uma das conquistas mais importantes do pensamento moderno. No entanto, não empregaremos essa denominação etimológica como um argumento analógico, e sim como referência a uma teoria geral da evolução que pode encontrar aplicações em campos bastante diversos. Damos preferência a essa teoria porque ela parte de um conceito teórico da diferença. Seu tema não é a unidade da história como desenvolvimento de um princípio dos primórdios até hoje, mas algo já mais restrito: as condições de possibilidade das mudanças estruturais não planejadas e a explicação da diversificação ou do aumento da complexidade.⁹

⁷ Nesse sentido, vide: KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. Ainda: MOHNHAUPT, Heinz e GRIMM, Dieter. **Constituição: História do Conceito desde a Antiguidade até nossos Dias**. *Op.cit.*

⁸ LUHMANN, Niklas. **La Differenziazione del Diritto: Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto**. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 38 a 39; Tradução livre. No original: *L'evoluzione viene concepita ancora come accrescimento della complessità delle situazioni e degli eventi possibili, ma il meccanismo che produce tutto questo, appare oggi considerevolmente più complicato. [...] Da una prospettiva interna al sistema, l'evoluzione presuppone che possano essere soddisfatte tre diverse funzioni, cioè: 1) produzione di possibilità di tipo nuovo all'interno di un sistema, per il resto invariato, 2) selezione delle possibilità utilizzabili ed esclusione di quelle inutilizzabili e 3) stabilizzazione delle possibilità utilizzabili nella struttura del sistema.*

⁹ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 320 a 321.

Mas, como acontece a evolução social? Por que a sociedade se tornou mais complexa?

Para tentar responder a essas e outras questões, Luhmann partirá da teoria da autopoiese dos sistemas vivos, devida a biólogos como Maturana e Varela, reformulando-a para o sistema social.¹⁰

De acordo com Luhmann, revendo toda a sociologia clássica, o sistema social não se baseia nas ações humanas, mas em comunicações.¹¹ O homem já é para Luhmann um entorno, um ambiente da sociedade, já que ele é formado pela relação, ou na linguagem luhmaniana, pelo acoplamento estrutural entre sistema psíquico e sistema biológico.¹² Isso não significa que o homem não seja importante para a sociedade, já que ao se relacionarem (homem e sociedade), produzem irritações e modificações constantes em seus respectivos sistemas.

Para Luhmann, a sociedade moderna é fruto de uma série de modificações que foram acontecendo em um período de mais de trezentos anos, culminando, para o que nos interessa, com o aparecimento das primeiras Constituições formais e rígidas, que marcaram a diferenciação funcional entre o sistema jurídico e os demais sistemas da sociedade. Aqui, é interessante notar que não se pode falar de causas, mas de concausas, de um *continuum*, de maneira que fica muito difícil afirmar que determinado evento originou o evento subsequente.

As sociedades arcaicas, antigas, eram baseadas em comunicações bastante simples, rudimentares. A perspectiva temporal se dividia em um tempo humano e a ideia de eternidade. O contrário do tempo humano era o tempo da eternidade, ou, paradoxalmente, a ausência de tempo. Além do mais, o tempo era visto como um eterno retorno para uma situação inicial, que só terminaria quando chegasse o Juízo Final.¹³ Em termos sociais, havia um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam.¹⁴ As palavras de Menelick de Carvalho Netto merecem ser citadas:

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: Lineamentos para una Teoría General**. México: Anthropos Editorial, 1998; LUHMANN, Niklas. **La Costituzione come Acquisizione Evolutiva**. *IN*: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jörg. **Il Futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996, p. 83 a 128; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

¹¹ SCHWARTZ, Germano. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; CLAM, Jean. **Droit et Société chez Niklas Luhmann: La Contingence des Normes**. Paris: PUF, 1997.

¹² AMADO, Juan Antonio García. **A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann**. *IN*: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir. **Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 301 a 344.

¹³ KOSELLECK, Reinhart. **historia/Historia**. Madrid: Trotta, 2004; KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos**. *Op.cit.*

¹⁴ MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. São Paulo: EDUSC, 2001. Ainda sobre essa questão do Direito Arcaico, Pré-Moderno, vide: CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e Antropologia: Reflexões sobre a Origem do Direito a Partir de Kelsen e Nietzsche**. São Paulo: Saraiva, 2013.

O direito e a organização política pré-modernos encontravam fundamento, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam. O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça realiza-se sobretudo pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em “bem observar” o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social (a *phronesis* aristotélica, a servir de modelo para a postura do hermenauta). O direito, portanto, apresentava-se como ordenamentos sucessivos, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, reciprocamente excludentes, de normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, das tradições, dos usos e costumes locais, aplicadas casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos.¹⁵

Essa percepção temporal vai sofrendo, aos poucos, uma erosão¹⁶, modificando-se e agregando-se, ou, para continuarmos na metáfora geológica, sedimentando-se¹⁷ uma nova perspectiva, qual seja, a do tempo como uma linha irreversível, uma verdadeira flecha, em que uma vez acontecido determinado evento, ele não poderia mais se repetir. Agora, o futuro era visto como algo irreversível, sendo reconhecível no próprio passado. É o que Koselleck chama de futuro passado. Em outras palavras, com essa nova concepção de tempo, o futuro já apresentaria seus vestígios nos fatos cotidianos que, rapidamente, em uma fração de segundos, se tornavam passado. Não era a toa que virou algo corrente nesse momento a ideia de que era possível se aprender com o passado, para não se cometer os mesmos erros. O presente, agora, nada mais era do que a unidade da diferença da distinção entre passado e futuro.¹⁸

O tempo não era mais visto como uma unidade imóvel, estática, tal como nas sociedades arcaicas, mas sim, como algo fluido. Com isso, foi possível à sociedade moderna perceber que seria possível falar e construir vários tempos: o tempo da economia, o tempo do direito, o tempo da política, etc.¹⁹ O tempo passou a ser visto como uma construção social.²⁰ O problema, na modernidade, será exatamente de como sincronizar os diversos tempos sociais, com o risco sempre presente da discronia, ou falta de sintonização entre os diversos tempos sociais.²¹

Toda essa mudança na perspectiva temporal foi acompanhada de outras mudanças sociais também bastante complexas, tais como a crise da sociedade estamental, a complexificação dos processos econômicos, o aparecimento de teorias jusnaturalistas baseadas na ideia de razão

¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. **O Requisito Essencial da Imparcialidade para a Decisão Constitucionalmente Adequada de um Caso Concreto no Paradigma Constitucional do Estado Democrático de Direito.** *IN:* Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Ano XXIX, nº 68, jan/jun 1999, p. 79.

¹⁶ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos.** *Op.cit.*

¹⁷ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos.** *Op.cit.*

¹⁸ KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos.** *Op.cit.*

¹⁹ OST, François. **O Tempo do Direito.** Bauru : EDUSC, 2005.

²⁰ OST, François. **O Tempo do Direito.** *Op.cit.*; DE GIORGI, Raffaele. **A Memória do Direito.** *IN:* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Número 2, julho/dezembro de 2003, p. 59 a 77.

²¹ OST, François. **O Tempo do Direito.** *Op.cit.*

humana, que pretendiam limitar o poder do Estado e, assim, buscavam uma legitimidade para o poder político(já uma tentativa de acoplamento estrutural entre direito e política), o aparecimento das ideias de indivíduo, individualidade e individualismo, e, por fim, e apenas para o que nos interessa, o surgimento das Constituições formais e rígidas.

Mostra Luhmann que, aos poucos, as ideias de indivíduo e individualidade vão aparecendo quando a complexidade social exige um maior número de comunicações. O indivíduo que antes não existia, já que só existia para a comunidade, começa a se liberar dessas amarras. No entanto, e paradoxalmente, ao se liberar desses vínculos sociais, ele experimenta um alto grau de exclusão. As ideias de indivíduo e de individualidade vão causar, de maneira refletida ou não, pouco importa, grande exclusão. Não é por outro motivo que a sociedade dessa época (finais do século XVIII e início do XIX) terá uma verdadeira obsessão pelas temáticas da igualdade e da liberdade. Por sinal, esses valores aparecerão nesse momento como direitos universais, como uma tentativa de reentrada do indivíduo na sociedade. Mais uma vez, um paradoxo será experimentado: a percepção de que quanto maior a igualdade, maior a desigualdade.²²

Aqui, a sociedade já percebe uma série de alterações e procura reagir a elas. As percepções da individualidade e da ideia de indivíduo, bem como a ideia de um tempo mutável, geram outro acréscimo de complexidade para o sistema social: a troca da ideia de perigo pela de risco.

De acordo com Luhmann, a modernidade vai marcar a substituição paulatina da ideia de perigo, em que as consequências dos atos humanos eram sempre decorrentes de algo externo ao homem(Deus, natureza, etc.), pela de risco, em que os homens são responsabilizados por seus atos, já que quando decidem só podem ver o que podem ver, pois o futuro é aberto, incerto.²³

Assim, a sociedade moderna, que começa a se construir nesse momento histórico, mais ou menos a partir do final do século XVII, é uma sociedade baseada na noção de risco, fundada em decisões. Ou, para falarmos com Menelick de Carvalho Netto, nossa sociedade, a sociedade moderna, vive constantemente em crise, alimentando-se dela:

Iniciemos, portanto, por trabalhar um pouco a hipótese da crise. Contra aqueles que caracterizam a nossa época como um tempo de crise, acredito perfeitamente cabível pedir-lhes que se indaguem se são capazes de se recordar de qualquer período de suas vidas que não fosse marcado pelo reconhecimento de crises em curso?

Devemos ter presente que vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar racionalmente com os riscos de sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta de sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos

²² LUHMANN, Niklas. **Indivíduo, Individualidad, Individualismo**. *IN*: DARDÉ, Verónica Muñoz(comp.). *Zona Abierta*, 70-71, Madrid, Siglo XXI, 1995, p. 53 a 157.

²³ LUHMANN, Niklas. **Sociología de Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992; RICOEUR, Paul. **O Justo ou a Essência da Justiça**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade.²⁴

Para que essa sociedade muito mais complexa que a anterior pudesse trabalhar com esse acúmulo de informações e de complexidade, diminuindo o próprio risco de suas decisões, foi necessária a especialização das funções. Assim, apareceu o sistema da economia, da política, do direito, do sistema educativo, do sistema sanitário, da arte, etc.²⁵

Essa nova sociedade, a sociedade moderna, caracteriza-se, agora, em contraponto à sociedade antiga, como uma sociedade funcionalmente diferenciada, com seus subsistemas sociais funcionando de maneira fechada, com um código, uma linguagem específica, mas, abertos para o ambiente, ou seja, comunicativamente aberto. Cada subsistema da sociedade trabalha com seu próprio código, decidindo com base nele e só reconhecendo as informações a partir de seu código. Dessa forma, por exemplo, o Direito tem como código o direito/não direito (*Recht/Unrecht*), a Política, poder/não poder ou governo/oposição, a Economia, lucro/não lucro, etc.²⁶

As comunicações sociais, no interior de cada subsistema, servem para a reprodução do próprio sistema, diminuindo sua complexidade, funcionando com base em decisões. Contudo, como mostrado acima, já que toda decisão é arriscada, envolve complexidade, chega-se a conclusão que toda redução de complexidade gera um aumento de complexidade. Assim, percebe-se que a sociedade moderna tem como seu único valor a ideia de mudança, de contingência. Para dizer com Luhmann, a contingência é o autovalor, o valor próprio da sociedade moderna.²⁷

Os subsistemas sociais, para decidirem, e funcionarem com seus próprios códigos, reduzindo e aumentando, paradoxalmente sua complexidade interna e a do próprio ambiente, utilizarão estruturas típicas da modernidade, responsáveis por essa função. Tratam-se das organizações, cruciais para a sobrevivência do subsistema social e da própria sociedade moderna. No entanto, as próprias organizações constituir-se-ão de maneira autopoietica, ou seja, apresentarão uma lógica própria e, o que seria necessário para a sobrevivência dos subsistemas, em algumas situações se apresentará como um empecilho para o próprio desenvolvimento do subsistema. As organizações produzirão cegueira e sempre constante será o risco de se voltarem

²⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Constituição da Europa. IN:** SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coordenador). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

²⁵ Para uma interessante discussão sobre as influências do sistema da arte, mais especificamente do rock, sobre o sistema jurídico e, em especial, do rock brasileiro sobre o direito brasileiro, vide o excelente trabalho: SCHWARTZ, Germano. **Direito e Rock: O Brock e as Expectativas Normativas da Constituição de 1988 e do Junho de 2013**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una Teoría General**. México: Anthropos Editorial, 1998.

²⁷ LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y Contingencia en la Sociedad Moderna**. Barcelona, Paidós, 1997.

estritamente para sua reprodução interna.²⁸ Além disso, essas organizações também estarão sob o risco de colonização. Em outras palavras, um código estranho pode tentar introduzir sua linguagem em outro subsistema, gerando o que Luhmann chama de desdiferenciação. São esses, por exemplo, problemas visíveis nas sociedades periféricas, aquelas em que as organizações ainda são frágeis, sendo sempre constante o risco de colonizações e da cegueira das mesmas.²⁹

Toda essa complexidade também se refletiu no sistema jurídico. Com a modernidade, o sistema do Direito passou a operar com um código específico: direito/não direito (*Recht/Unrecht*). E o que permitiu o fechamento operacional do sistema jurídico foi justamente o surgimento da Constituição formal e rígida. Esse instrumento jurídico novo apareceu a partir das revoluções burguesas e, como nos mostram Maurizio Fioravanti e Niklas Luhmann, a grande novidade não foi o termo em si, que já era conhecido desde muito tempo, mas o sentido e a reapropriação que os modernos fizeram do termo.³⁰ Assim, ao aspecto **material**, já de há muito conhecido, agregaram o sentido **formal**, ou seja, Constituição não seria mais apenas um conjunto de normas que regulariam a vida da comunidade, mas um texto formal, de natureza jurídica, que regularia seu próprio processo de mudança. Ao sentido **formal**, agregou-se também o sentido de **rigidez**. Nesse momento, a Constituição não seria simplesmente o documento formal, mas também um documento formal que apresenta procedimentos mais difíceis para sua alteração. De tudo isso, surgiu o sentido de que esse texto normativo não era mais apenas um simples texto legal, apresentando agora um caráter superior em relação às outras normas. Daí o entendimento de que a Constituição apresentaria a característica de suprallegalidade.

Essa Constituição apresentaria todas essas características em decorrência da função que passaria a desempenhar: a criação, conformação e regulação das relações políticas, bem como a limitação aos poderes estatais. Além disso, seria um instrumento de universalização dos então privilégios que, nessa nova linguagem, seriam chamados de direitos. Por fim, e não menos importante, a Constituição formal e rígida serviu para positivizar o direito natural em direitos constitucionais na linguagem dos direitos fundamentais.

Assim, com a Constituição formal e rígida desaparecia a necessidade de um fundamento último, absoluto para o direito. Também o direito que anteriormente era visto como imutável

²⁸ LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo**. México, Anthropos, 1997.

²⁹ CORSI Giancarlo e DE GIORGI, Raffaele. **Ridescrivere la Questione Meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia Editora, 1998; DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o Futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

³⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Op.cit.*; LUHMANN, Niklas. **La Costituzione come Acquisizione Evolutiva**. *Op.cit.*

passa a ser visto, a partir de agora, como mutável, contingente, fruto de uma decisão: em outras palavras, direito positivo.³¹

Contudo, a Constituição funda e mascara um paradoxo que está na base do sistema jurídico: o fundamento do Direito está no próprio Direito, ou apenas o Direito pode dizer o que é e o que não é Direito. E não se pode tematizar qual o direito dizer o que é e o que não é Direito. Esse paradoxo, que não pode ser visto nem tematizado, somente é desparadoxalizado pela própria Constituição através do reenvio da legitimidade do Direito para a Política. Assim, as Constituições formais e rígidas afirmam que o fundamento do poder se encontra no povo: é o princípio da soberania popular. Além disso, a desparadoxalização do Direito através da Constituição também ocorre, pois ela funciona como mecanismo de acoplamento estrutural entre o Direito e a Política. Os acoplamentos estruturais, na correta explicação de Luís Fernando Schuartz, são formas que restringem, e nessa exata medida facilitam, certos modos de influência de sistemas no ambiente sobre um dado sistema e vice-versa. Se o conceito de acoplamento estrutural responde à demanda por explicações associada à afirmação do necessário fechamento operacional com “abertura cognitiva” dos sistemas autopoieticos, vale, reciprocamente, que é condição necessária para a interpretação de algo como mecanismo de acoplamento estrutural a diferenciação e o fechamento operacional dos sistemas estruturalmente “acoplados” por meio do mecanismo em questão.³²

Essa relação de dependência ajuda a explicar porque Luhmann qualifica esses mecanismos de “estruturais” e explicitamente distinguidos do que ele denomina de “acoplamentos operacionais”, ou seja, acoplamentos momentâneos das operações de um dado sistema com operações atribuídas (pelo sistema ou por um observador externo) a sistemas no ambiente desse sistema. Acoplamentos dessa natureza dão-se apenas como integrações pontuais entre sistemas. Eles existem somente enquanto dura o evento elemento de mais de um sistema responsável pelo acoplamento e só se impõem, num certo sentido, em virtude de uma ambiguidade relativa à identificação do evento em questão, uma vez que a determinação do evento não se logra sem uma investigação da rede recursiva na qual ele aparece simultaneamente como resultado de operações precedentes e condição de operações subsequentes.³³

A Constituição formal e rígida é um mecanismo de acoplamento estrutural entre Direito e Política, pois a Constituição permite que o Direito positivo se converta em um meio de conformação política, assim como que o direito constitucional se torne um instrumento jurídico

³¹ LUHMANN, Niklas. **La Differenziazione del Diritto: Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto.** *Op.cit.*; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** *Op.cit.*; LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II.** *Op.cit.*

³² SCHUARTZ, Luís Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade: Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil.** *Op.cit.*; NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** *Op. cit.*

³³ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad.** *Op.cit.*

para a implantação de uma disciplina política. Essa forma de acoplamento estrutural, através do Estado constitucional, torna possível de ambos os lados (no sistema político e no jurídico), a realização de graus de liberdade superiores, assim como uma notável aceleração da dinâmica própria de cada um desses sistemas. Através das Constituições, se alcança, então, devido à limitação das zonas de contato de ambas as partes, um imenso incremento de irritabilidade recíproca – maiores possibilidades por parte do sistema jurídico de registrar decisões políticas na forma jurídica, como também maiores possibilidades por parte da política de se servir do direito para dar resultados práticos a seus objetivos. O problema é, então, dos dois lados, a determinação de quais são as formas estruturais com as que há de superar-se um incremento tão drástico da variedade. Assim, praticamente, para Luhmann, se pode afirmar que a democracia é uma consequência da transformação do direito em direito positivo e das possibilidades de modificá-lo a qualquer momento.³⁴

Na feliz síntese de Gunther Teubner sobre a relação entre Direito e Política:

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, as constituições políticas dos Estados nacionais assumem a função constitutiva de dar suporte à autonomia da política adquirida na modernidade frente a fontes “externas” de poder, como aquelas religiosas, familiares, econômicas e militares, na medida em que elas formalizam o meio de poder “próprio” da política.³⁵

Pois bem. Esse direito contingente, fundado em decisão, tem como função principal estabilizar expectativas de comportamento.³⁶ Ao contrário do que se pensa normalmente, o objeto do Direito não é a regulação de condutas, mas a regulação de expectativas de conduta. O Direito pretende, na sociedade moderna, e como forma de reduzir a complexidade, estabilizar as expectativas normativas de comportamento. Significa dizer que o Direito opera sempre com o risco da desilusão das expectativas, com a frustração das mesmas. Por isso que se fala de expectativa normativa, pois ao contrário das expectativas cognitivas, na expectativa normativa o aprendizado está vedado. O Direito é, portanto, regulação de expectativas contrafáticas de comportamento. Mas, isso não significa que o Direito não opere também com expectativas cognitivas. Caso contrário, ele não poderia ser mutável, contingente.

Acontece que as expectativas cognitivas são filtradas e recebidas pelo Direito em uma organização fundamental para o sistema jurídico: o Parlamento. Já as expectativas normativas, ou

³⁴ LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. *Op.cit.*; NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil**. *Op.cit.*; NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. *Op.cit.*

³⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 94. Edição Digital.

³⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. *Op.cit.*; LUHMANN, Niklas. **La Differenziazione del Diritto: Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto**. *Op.cit.*

a estabilização dos comportamentos se dá em outra organização também importantíssima do sistema jurídico: o Poder Judiciário.³⁷

Em outras palavras, existe dentro do próprio sistema jurídico uma diferenciação interna entre legislação e jurisdição. Para dizermos com Luhmann, existe uma distinção entre centro e periferia que dá unidade ao sistema jurídico. Assim, o binômio legislação/jurisdição é observado com base na diferenciação interna entre o centro e a periferia do sistema jurídico.³⁸

Luhmann afirma que o Poder Judiciário é o centro do sistema jurídico, que interliga os tribunais e suas decisões. A posição central dos tribunais é determinada dessa maneira porque somente os tribunais têm o condão de proferir decisões com força vinculante final. Logo, se o sistema jurídico tem a função de decidir, aquela estrutura que pode dar uma decisão aloja-se em seu centro.³⁹

Com isso, ele quer mostrar que é o Poder Judiciário quem terá a função de estabilizar as expectativas normativas de comportamento. Em outras palavras, cabe ao Judiciário reduzir as expectativas as mais diversas para o código direito/não direito (*Recht/Unrecht*), reafirmando, assim, o valor e a função do próprio código.⁴⁰

Por outro lado, cabe ao Parlamento trabalhar as expectativas cognitivas, modificando a forma do Direito (norma jurídica) em casos de desilusão e de aprendizado. O Parlamento é, assim, uma organização periférica, pois está mais próximo com o ambiente do Direito, recebendo e filtrando suas diversas influências. Usando uma figura de Germano Schwartz, pode-se entender a legislação como uma membrana do sistema jurídico, ponto onde há a abertura cognitiva e pelo meio do qual se mantém a unidade interna, situando-se em sua periferia como verdadeiro limite entre os sistemas jurídico e político, visto que é produzido pelo último, mas decidido pelo primeiro, em sua lógica codificada própria.⁴¹

Como ponto fronteiro do sistema, a legislação responde à irritação do entorno mediante regras genericamente válidas, positivando expectativas de expectativas. Como ato político, a promulgação de uma lei no âmbito jurídico torna-se um mecanismo de compensação da desarmonia temporal do direito em relação à sociedade. O legislador reage e dá ao decisor

³⁷ CLAM, Jean. *Op.cit.*

³⁸ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad. Op.cit.*

³⁹ SCHWARTZ, Germano. *Op.cit.*

⁴⁰ CAMPILONGO, Celso. *A Posição dos Tribunais no Centro e na Periferia do Sistema Mundial. IN: PIOVESAN, Flávia. (Coordenadora). Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional. São Paulo:Max Limonad, 2002, p. 477 a 490.*

⁴¹ SCHWARTZ, Germano. *Op.cit.*

(tribunal e juízes) elementos suficientes para que se possa, mediante a contrafaticidade normativa regular o tempo.⁴²

Apesar dessa perspectiva relacionar a necessidade de se entender a Constituição formal e rígida com a democracia, mostrando o acoplamento estrutural entre o Direito e a Política, tal relação não fica explicitada, devendo ser melhor aprofundada, em uma perspectiva que demonstre o nexos interno entre Direito Moderno e democracia. E isso é importante até mesmo para melhor apreendermos as razões do nascimento da Constituição formal e rígida e a sua importância, não apenas em termos funcionais, mas em termos democráticos. Assim, com essa complementação, poderemos também perceber que o Direito Moderno está em tensão entre faticidade e validade e que ele não é apenas forma, mas se apresenta em uma tensão constitutiva entre forma e conteúdo.⁴³

Essa análise será feita a partir de uma reformulação da teoria do poder constituinte originário, que serviu para justificar internamente, em termos de legitimidade, o nascimento da Constituição formal e rígida. Para essa reformulação ser bem sucedida, importante que a teoria tradicional do poder constituinte originária seja apresentada, bem como a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte de segundo grau também seja explicitada.

1. Aspectos Centrais do Constitucionalismo Francês para a Teoria do Poder Constituinte

Como vimos no item anterior, a Constituição formal e rígida nasce em decorrência de uma série de transformações sociais e como decorrência do aumento de complexidade da sociedade que, a partir daquele momento, se colocava como uma sociedade moderna. O nascimento desse instrumento jurídico e político fundamental, denominado de Constituição formal e rígida, contou com uma formulação teórica com o intuito de justificar e fundamentar o nascimento desse instrumento jurídico novo e desconhecido até então na história da humanidade. Essa teoria ficou conhecida como a Teoria do Poder Constituinte Originário e contou com a formulação do abade francês Emmanuel-Joseph Sieyès, com forte inspiração do pensamento de Jean-Jacques Rousseau. Sieyès era um abade francês e, portanto, pertencente ao Terceiro Estado francês. Para que possamos compreender o pensamento revolucionário deste autor, importante fazermos uma rápida incursão no momento histórico em que a Teoria do Poder Constituinte Originário foi gestada.

⁴² SCHWARTZ, Germano. *Op.cit.*; CAMPILONGO, Celso. **A Posição dos Tribunais no Centro e na Periferia do Sistema Mundial.** *Op.cit.*

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso.** *Op.cit.*

Pois bem. O ano em que a Teoria do Poder Constituinte Originário foi formulada por Sieyès foi o de 1788, em um panfleto que ficou mundialmente famoso intitulado *Qu'est-ce que le tiers État?*, que, poderíamos traduzir por *O Que é o Terceiro Estado?* Existe uma tradução para o Brasil da obra com o título *A Constituinte Burguesa*.⁴⁴ Ora, para entendermos a importância da questão formulada por Sieyès, quando se perguntava o que era o Terceiro Estado, devemos entender o que significa tal termo e como ele se relacionava à dinâmica social francesa da época.

A França vivia nesse momento um regime social, político, cultural e econômico conhecido como Antigo Regime. Tal forma de vida social estava baseada na premissa da divisão entre as pessoas em decorrência do nascimento. Assim, a posição de um indivíduo era dada desde o seu nascimento, sendo, portanto, fixa por toda a sua vida. Era, dessa forma, um regime social de imobilismo e de impossibilidade de ascensão social, em geral. Essa sociedade era dividida em castas, também chamadas de estamentos ou estados. Aqui, o princípio organizador era o do privilégio. Explicando esse princípio, escreve Robert Darnton:

O privilégio era o princípio organizador do Antigo Regime em geral, não apenas na França, mas na maior parte da Europa. A lei não se aplicava igualmente a todos, pois se supunha que todos os homens(e, mais ainda, todas as mulheres) nasciam desiguais – e que isto era certo: as hierarquias eram ordenadas por Deus e estavam inscritas na natureza. A ideia de igualdade perante a lei era impensável para a maioria dos europeus, com exceção de alguns poucos filósofos.⁴⁵

Na França, o princípio do privilégio era reconhecido na divisão da sociedade em três Estados ou Ordens. O primeiro Estado composto pelo Rei e sua família real; o segundo Estado, composto pelos membros mais importantes do Clero e pelos Nobres de maior título de Nobreza; e o Terceiro Estado, composto por todos aqueles que não eram nem do primeiro e nem do segundo Estado. Havia uma estrutura de representação política dessas ordens sociais: os chamados Estados Gerais. Ao contrário do Poder Legislativo Moderno, que se configura como independente do Poder Executivo e funciona permanentemente, sem interrupções, os Estados Gerais, para funcionarem, necessitavam de uma convocação do Poder Real, ou seja, os Estados Gerais somente existiam quando o Rei assim o desejava. Para se ter uma ideia, na França, os Estados Gerais somente foram convocados em 1614 e, depois, em 1788, isto é, ficaram mais de 150 anos sem serem convocados. Antes de 1614, os Estados Gerais foram convocados por volta de 1300, ou seja, ficando mais uma vez, um longo período sem serem convocados.⁴⁶

⁴⁴ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001; SIEYÈS, Emmanuel. **Escritos y Discursos de la Revolución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

⁴⁵ DARNTON, Robert. **Censores em Ação: Como os Estados Influenciaram a Literatura**. Companhia das Letras: Edição Kindle, posição 262.

⁴⁶ RIALS, Stéphane. **La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen**. Paris: Hachette, 1988.

Além dessa especificidade, os Estados Gerais apresentavam uma segunda e terrível especificidade: o voto e a deliberação das questões eram em salas separadas e por Estado, ao invés da deliberação ser em um único local e por cabeça como nos modernos Parlamentos.⁴⁷ Ora, isso fazia com que o Terceiro Estado que, como vimos, representava os interesses da maior parcela da população francesa, sempre ou quase sempre perdesse nas votações, já que, apesar de numericamente superior, tinha direito a apenas um único voto, tal como os outros dois Estados. E, temos mais um detalhe: o Rei, ou seja, o Primeiro Estado, não participava das votações. Ficava esperando o resultado das discussões realizadas pelo Segundo e Terceiro Estados. O Primeiro Estado, ou seja, o Rei somente se manifestava quando houvesse um empate na deliberação, algo que era muito comum, pois dificilmente o Segundo e o Terceiro Estados concordavam sobre os diversos temas postos à discussão e, como se era de esperar, o Rei desempatava a questão a favor do Segundo Estado.⁴⁸ Assim, havia uma injustiça muito grande, pois o Terceiro Estado, apesar de representar a maior parte do povo francês, quase nunca via seus interesses atendidos nos Estados Gerais, em decorrência do sistema de votação adotado.

Agregue-se a este fato o ano específico de 1788 e a própria figura do rei Luís XVI. Podemos dizer que o ano de 1788 foi a culminância de uma série de eventos que levaram a uma crítica feroz ao sistema político e social adotado na França e em praticamente toda a Europa. Circulava nesse período uma literatura bastante ácida em relação aos vícios do regime e já era corrente a ideia de que os sistemas político e jurídico deveriam defender e preservar os direitos naturais dos homens. Dentre as figuras mais representantes dessa literatura temos nomes como Jean-Jacques Rousseau e John Locke e, aqui, apenas para citarmos dois exemplos. Essa literatura era amplamente consumida pelos burgueses e por vários nobres.⁴⁹

Assim, as ideias de que o poder do soberano deve estar limitado por um pacto realizado entre o povo e este soberano em nome da proteção de direitos inalienáveis desse povo, como vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança, e de que, quando isto não ocorre o povo tem o direito legítimo de retirar o soberano do poder, eram bastante difundidas tanto na França quanto em outros locais da Europa.⁵⁰ Junte a essa literatura política uma outra igualmente importante, também de natureza contestatória ao sistema e ao regime francês: uma literatura pornográfica que ridicularizava os costumes da nobreza, mostrando a falta de caráter dos nobres que se preocupavam apenas em se entregar aos prazeres da carne, não dando a devida atenção às

⁴⁷ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁴⁸ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁴⁹ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁵⁰ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

necessidades da população em geral.⁵¹ Tal literatura foi, inclusive, nesse período, mais consumida do que hoje os considerados clássicos da Política, como Rousseau e Montesquieu.⁵²

E o Rei Luís XVI assistia a tudo sem nada fazer, pois era um rei bastante fraco e sem habilidade para a Política. Preferia caçar a cuidar dos negócios do Estado francês, tendo sido explicitamente ridicularizado em uma peça de teatro bastante famosa da época, *As Bodas de Fígaro*, peça, inclusive que assistiu e aplaudiu vivamente.⁵³

Mas, o que tem o ano de 1788 de especial? Foi um ano terrível para a França, pois além de se encontrar endividada por ter promovido guerras mal sucedidas, o inverno foi rigoroso no país, levando a um fracasso nas colheitas. Com isso, houve uma carestia geral no preço dos produtos de primeira necessidade e, dentre eles, principalmente o pão, gerando também uma inflação galopante.⁵⁴ Assim, tínhamos nesse ano uma literatura de contestação, aliada a uma figura considerada fraca em termos políticos, além de uma crise climática, econômica e social, ou seja, um conjunto de fatores que poderia levar ao questionamento sobre as bases e fundamentos do regime político, jurídico e social. Para tentar solucionar a crise, o Rei convocou os Estados Gerais, com o intuito de aumentar os tributos, a única forma para se debelar a crise francesa. E é nesse momento de convocação dos Estados Gerais em finais de 1788 e início de 1789 que o abade Emmanuel-Joseph Sieyès lançará o seu ataque ao regime, requerendo uma maior participação do povo em geral na tomada de decisões estatais.⁵⁵ Inclusive Sieyès será eleito pelo Terceiro Estado para compor os Estados Gerais durante o ano de 1789, colocando-se em uma posição moderada.⁵⁶

Sieyès inicia o seu libelo *O Que é o Terceiro Estado?* com uma interrogação que é o título do panfleto. Afinal, o que é o Terceiro Estado? A resposta de Sieyès, baseada na teoria do contrato social de Rousseau, é que o Terceiro Estado é tudo, já que representa mais de dois milhões de franceses, enquanto os outros dois estados não chegam a representar dois mil franceses.⁵⁷ No entanto, o que ele tem sido até o presente momento na ordem política? Resposta de Sieyès: nada. E justamente porque como a deliberação nos Estados Gerais é por Estado e não por cabeça, embora o Terceiro Estado represente a maior parte dos franceses e conte com o maior número de

⁵¹ DARNTON, Robert. **Os Best-Sellers Proibidos da França Pré-Revolucionária**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998; RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁵² DARNTON, Robert. *Op.cit.*; HUNT, Lynn Avery. **A Invenção da Pornografia: Obscenidades e as Origens da Modernidade. 1550-1800**. São Paulo: Hedra, 1999.

⁵³ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁵⁴ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁵⁵ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*; SIEYÈS, Emmanuel. **Escritos y Discursos de la Revolución**. *Op.cit.*

⁵⁶ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*; SIEYÈS, Emmanuel. **Escritos y Discursos de la Revolución**. *Op.cit.*

⁵⁷ SIEYÈS, Emmanuel. **Escritos y Discursos de la Revolución**. *Op.cit.*, p. 83.

representantes, na votação é sempre derrotado pelos outros dois Estados.⁵⁸ E quais são as suas exigências? Resposta de Sieyès: Chegar a ser alguma coisa.⁵⁹

Para que o Terceiro Estado possa chegar a ser alguma coisa, ele precisa entender, diz Sieyès, que, na verdade, o Terceiro Estado não apenas representa a maior parte da sociedade francesa, ele é a sociedade francesa; o Terceiro Estado corporifica a vontade geral e, portanto, pode deliberar e decidir em nome dos franceses o destino da Nação francesa.⁶⁰ Aqui, encontramos claramente a influência de Rousseau sobre o pensamento de Sieyès.⁶¹ Ora, de acordo com o pensamento de Jean-Jacques Rousseau, em seu famoso *Do Contrato Social*, a soberania, enquanto poder que não conhece limites, encontrava-se nas mãos da Nação, da vontade geral, que apresenta como características ser indestrutível, atemporal e que não está sujeita a erros.⁶² Rousseau foi muito claro em sua obra ao afirmar que a vontade geral não poderia ser confundida com a vontade da maioria, já que a vontade geral seria uma vontade moral. O grande problema não resolvido por Rousseau seria o de saber se estaríamos em face da vontade geral ou da vontade da maioria.⁶³ Não é por outro motivo que o próprio Rousseau termina por aproximar vontade geral de vontade da maioria, aproximação que será a leitura corrente na França e também do abade Sieyès.⁶⁴

Tanto é assim que os franceses passaram a entender que a fonte de legitimidade do Direito estaria no Poder Legislativo que, embora constituído, era representante da vontade geral. Não é à toa que nunca vingou na França a ideia de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis nos moldes do modelo americano, difuso, em que qualquer juiz, não só pode, como deve, no curso de um processo qualquer, declarar a inconstitucionalidade de uma lei, com eficácia apenas para as partes e retroativa.

É nesse sentido que Sieyès afirmará em seu panfleto que o Terceiro Estado é a própria Nação francesa, podendo inclusive, rever o próprio pacto político firmado, de modo a corrigir as distorções que prejudicam os interesses do Terceiro Estado.⁶⁵ Isso porque o Terceiro Estado estaria dotado de um poder, denominado de Poder Constituinte Originário, ou seja, um poder de recriar as próprias bases da sociedade francesa. Como um poder decorrente da vontade geral do povo e como a vontade geral é indestrutível e não erra, tal poder não teria qualquer espécie de limitação,

⁵⁸ SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolución*. *Op.cit.*, p. 83.

⁵⁹ SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolución*. *Op.cit.*, p. 83.

⁶⁰ SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolución*. *Op.cit.*, p.145.

⁶¹ RIALS, Stéphane. *Op.cit.* No mesmo sentido, vide: BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

⁶² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op.cit.*

⁶⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op.cit.*; SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolución*. *Op.cit.*

⁶⁵ SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolución*. *Op.cit.*

podendo criar a ordem jurídica, política, econômica e social a partir do zero, sem dever nada a ninguém, nem mesmo à história.⁶⁶ Nasce, assim, a Teoria do Poder Constituinte Originário que ficaria encarregado de criar o instrumento de pactuação ou repactuação da sociedade, a Constituição formal e rígida.⁶⁷

Além desse poder constituinte, cujo titular é o povo ou a nação, no pensamento de Sieyès encontramos também aquilo que ele denominou de poderes constituídos, ou seja, poderes limitados pela vontade soberana do povo e que devem cumprir os desígnios do povo, explicitados pelo Texto Constitucional.⁶⁸

Pois bem. Essas ideias repercutiram fortemente na França dos anos de 1788-1789, de modo que Sieyès foi eleito para o Terceiro Estado e suas ideias perpassaram as discussões nos Estados Gerais e, fundamentalmente, na Sala em que ocorria as deliberações do Terceiro Estado, conhecida como a Sala dos Pequenos Prazeres, um nome irônico se considerarmos a gravidade da situação.⁶⁹ Não é por outro motivo que, assim que o Terceiro Estado se reúne na Sala dos Pequenos Prazeres, sob a verve de Mirabeau, bastante influenciado por Sieyès, por ter lido o panfleto do abade, o Terceiro Estado dissolve unilateralmente os Estados Gerais e se declaram Assembleia Nacional Constituinte e somente saíram dali pela força das baionetas, como afirmou o próprio Mirabeau.⁷⁰ Isso porque, como ainda afirmou Mirabeau naquele momento, a situação francesa estava tão caótica e tão podre que não bastava mais reformar e rever a Constituição francesa. Era necessário se criar uma nova Constituição para a França.⁷¹

É importante ressaltar que Mirabeau utilizava nesse momento dois sentidos diferentes para o termo Constituição. Quando o político moderado afirmava que a Constituição francesa não poderia mais ser reformada, ele utilizava o termo Constituição no seu sentido material, como um conjunto normativo que configura determinada comunidade. Já no momento em que o autor se referia à necessidade da criação de uma nova Constituição, que seria, inclusive, produzida pelo Terceiro Estado, agora como Assembleia Nacional Constituinte, utilizava o termo em seu sentido formal, já que somente seria considerado Constituição aquele documento que decorresse dos trabalhos dessa Assembleia Nacional Constituinte.⁷²

⁶⁶ SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolución*. *Op.cit.*

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2003; HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2003; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

⁶⁸ SIEYÈS, Emmanuel. *Escritos y Discursos de la Revolución*. *Op.cit.*

⁶⁹ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁷⁰ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁷¹ RIALS, Stéphane. *Op.cit.*

⁷² FIORAVANTI, Maurizio. *Op.cit.*

Portanto, teoricamente, esse poder de criar uma nova ordem jurídica e social, uma nova Constituição, seria ilimitado, absoluto e intermitente, segundo Sieyès. Ilimitado, porque enquanto poder do povo, serviria para romper com a ordem anterior e, assim, não poderia estar limitado por essa ordem; absoluto, na medida em que o povo não é erra, já que dotado da vontade geral, que é uma vontade moral, indestrutível e sempre busca o melhor para o próprio povo; e intermitente, pois nasce apenas em momentos de crise, desaparecendo logo após a criação da nova ordem jurídica e social.

É interessante perceber, contudo, se teoricamente os franceses revolucionários defenderam tais ideias, quando se reuniram para a construção da nova ordem jurídica e social francesa, perceberam que não possuíam esses poderes gigantescos que se autoatribuíam em termos teóricos. Na verdade, durante os debates constituintes, sejam para a elaboração e aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1789, sejam para a criação da Constituição de 1791, muita argumentação e negociação foram necessárias, chegando-se, inclusive, a se discutir se o rei, que não tinha sido deposto, deveria assinar e aceitar a nova Constituição ou não. Acabou-se por decidir que o rei deveria apenas ser notificado que havia uma nova Constituição e que ele deveria prestar obediência a ela.⁷³

E assim os franceses realizaram a Revolução Francesa com grandes repercussões para todo o mundo. No entanto, essas ideias chegaram também ao Novo Mundo, ao que ficaria posteriormente conhecido como os Estados Unidos da América.

2. Aspectos Centrais do Constitucionalismo Americano para a Teoria do Poder Constituinte

Os americanos leram a Teoria do Poder Constituinte Originário de Sieyès com os temperamentos apresentados por outro grande teórico moderno: Montesquieu. Ao fazerem sua Revolução, os americanos contrabalançaram a ideia de soberania absoluta do povo, através do Poder Constituinte Originário, com a legitimidade do próprio trabalho constituinte. Assim, os americanos mostrarão que o poder constituinte originário só pode ser originário e, portanto, fruto da vontade geral e soberana do povo, se esse povo reconhecer e conferir legitimidade a esse trabalho. Em outras palavras, com a tradição americana e com o trabalho dos Pais Fundadores da Constituição dos Estados Unidos, rompia-se o paradoxo da criação do Direito a partir de um poder não jurídico, político e, dessa forma, destituído de amarras e de limitações.

⁷³ Sobre isso, vide: RIALS, Stéphane. *Op.cit.*; No mesmo sentido, vide: ELSTER, Jon. **Argumenter et Négocier dans Deux Assemblées Constituintes. IN: Persée: Revue Française de Science Politique.** 44º Ano, nº 2, 1994, p. 187 a 256.

Os americanos nos mostram, com os debates que travam durante o período revolucionário e durante o momento de criação da Constituição daquele país, que o poder constituinte originário é limitado, e bastante limitado, limite esse que é encontrado nos próprios direitos de igualdade e liberdade que as pessoas se reconhecem reciprocamente. Ora, se os representantes do povo são convocados para criar instrumentos jurídicos para regular a vida em sociedade desse mesmo povo, é um absurdo que esses representantes possam fazer o que bem entenderem. Assim, a soberania popular só é digna desse nome se for limitada por direitos reconhecidos reciprocamente por todos os afetados, direitos esses que direcionarão e impulsionarão o próprio trabalho constituinte.⁷⁴

Nesse sentido, e explicando esse momento constituinte nos Estados Unidos, Maurizio Fioravanti escreve:

O próprio poder constituinte que os americanos exercem exatamente, em primeiro lugar, para se separarem da mãe-pátria e, logo depois, para fundar o Estado federal, não tem o mesmo significado daquele adotado pela Revolução francesa. No poder constituinte americano se manifesta sem dúvida a vontade de um sujeito, que é de todos os modos o povo ou a nação, mas não como um poder soberano ilimitado – que no modelo rousseauiano podia se fazer presente continuamente, o que acabava com frequência confundindo-o com a própria *vontade geral* manifestada pela assembleia legislativa -, mas como um poder distinto do poder legislativo ordinário que atuava exclusivamente com a finalidade de criar uma norma suprema superior à ordinária e, por isso, com capacidade para limitá-la. Em uma palavra, a Revolução americana, diferentemente da francesa, vinculava estritamente o poder constituinte com a supremacia constitucional, e, logo a seguir, vinculava a supremacia constitucional, também consequentemente de forma estrita, com o ideal do governo limitado. (Tradução minha).⁷⁵

Esse é o legado da tradição americana que, desde cedo, soube ver o risco de se deixar nas mãos dos representantes do povo todo o poder de decisão. Assim, podemos dizer que se os franceses levaram às últimas consequências a doutrina de Rousseau, os americanos souberam como ninguém aplicar e utilizar a doutrina de Montesquieu, no sentido de que uma organização política só consegue adquirir estabilidade se o poder conseguir limitar o poder. Dessa forma, construíram os norte-americanos um sistema de freios e contrapesos em que um poder limitava e controlava os demais poderes, de modo a que não houvesse abusos.⁷⁶

⁷⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Op.cit.*; DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

⁷⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: Experiencias Históricas y Tendencias Actuales**. Madrid: Trotta, 2014, p. 39 a 40. No original: “El propio poder constituyente que los americanos ejercen precisamente, en primer lugar, para separarse de la madre patria y, luego, para fundar el Estado federal, no tiene el mismo significado que el que adopta en la Revolución francesa. En él se manifiesta sin duda la voluntad de un sujeto, que es de todos modos el Pueblo o la nación, pero no como un poder soberano inagotable – que en el modelo rousseauiano podía hacerse presente continuamente, o que acababa con frecuencia confundiendo con la propia **voluntad general** manifestada por la asamblea legislativa -, sino como un poder distinto del poder legislativo ordinario que actuaba exclusivamente con el fin de determinar una norma suprema superior a la ordinaria y, por eso, con capacidad para limitarla. En una palabra, la Revolución americana, a diferencia de la francesa, vinculaba estrechamente el poder constituyente y la supremacía constitucional, y vinculaba luego esta segunda, en consecuencia también estrechamente, al ideal del gobierno limitado.”

⁷⁶ BAILYN, Bernard. **As Origens Ideológicas da Revolução Americana**. Edição ampliada, Bauru: EDUSC, 2003.

De acordo com Hannah Arendt, tanto a Revolução Francesa quanto a Revolução Americana, pretenderam fundar a liberdade. Esse é o escopo de qualquer Revolução. E liberdade que deve sempre vir unida à ideia de igualdade, ou seja, do reconhecimento de que as pessoas são iguais não porque nasceram iguais, mas porque politicamente, no espaço das relações humanas, do mundo, se reconhecem com os mesmos direitos, como iguais. Assim, para a autora, o escopo de qualquer Revolução é fundar a igualdade e liberdade. Ainda para Arendt, a Revolução francesa fracassou enormemente porque durante seu curso pretendeu substituir a fundação da liberdade pela busca da felicidade e a eliminação das desigualdades. Ora, quando um grupo de pessoas que se dizem representantes de todo o povo começa a achar que sabe o que é melhor para o todo, o que é a felicidade do todo, abre-se espaço para o totalitarismo e para o fim da liberdade. Algo que não aconteceu com os americanos, pois nunca perderam de vista o fato de que ao se fundar a liberdade e a igualdade, deixa-se espaço para que as pessoas possam perseguir sua felicidade, seja no espaço público, o espaço dos iguais, em que há o mundo, enquanto contato intersubjetivo, ou da luta de interesses, no sentido mais pleno da palavra, enquanto espaço entre esses, iguais, ou no espaço privado.⁷⁷

Assim, a Revolução francesa caiu no Terror e na ditadura, enquanto a Revolução Americana produziu uma Constituição formal e rígida, baseada nos princípios da igualdade e liberdade e uma estabilidade política e social até hoje reverenciada.⁷⁸

Contudo, se a Revolução Francesa não foi completamente bem sucedida em termos de resultado, ela foi muito bem sucedida enquanto modelo seguido por outros países.⁷⁹ Arendt, comentando esse aspecto, mostra que a Europa inteira, durante os séculos XIX e XX, sempre que se refere à revolução, lembra-se apenas da Revolução francesa, esquecendo-se que os Estados Unidos também produziram e vivenciaram uma revolução quiçá até muito mais bem sucedida do que aquela vivida na França.⁸⁰

3. A Legitimidade do Direito Moderno Através do Momento

⁷⁷ ARENDT, Hannah. **Sobre la Revolución**. 1ª edição, Madrid: Alianza Editorial, 2004.

⁷⁸ PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución y Soberanía: El Sentido de la Democracia Constitucional**. Granada: Comares, 2000; FIORAVANTI, Maurizio. *Op.cit.*; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lengua de los Derechos: La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa**. 2ª reimpressão, Madrid: Alianza Editorial, 2001; SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003; BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lengua de los Derechos: La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa**. *Op.cit.*

⁸⁰ ARENDT, Hannah. *Op.cit.*

Constituinte: Uma Necessária Reformulação da Teoria do Poder

Constituinte no Brasil

Não é por outro motivo que a doutrina constitucional brasileira majoritária se encontra atrelada ainda ao pensamento francês, quase que desconhecendo o pensamento norte-americano sobre a relação entre poder constituinte originário e direitos fundamentais. A doutrina brasileira mais tradicional ainda hoje quando aborda o tema do poder constituinte cita longamente a doutrina francesa, fazendo pequenas referências, quando faz, à história americana. Só recentemente uma nova doutrina constitucional no nosso país tem se preocupado em reestudar a própria teoria do poder constituinte francesa e a história da revolução americana, para mostrar os limites da teoria francesa e as potencialidades a serem exploradas a partir da história e da doutrina americanas. Nesse sentido, os trabalhos de Cláudio Ari Mello, Bianca Stamato e Marcelo Cattoni, apenas para citarmos esses três autores, procuram dentro de marcos teóricos semelhantes, reconstruir a teoria do poder constituinte e apresentar uma saída para a legitimidade da jurisdição constitucional em nosso país.⁸¹

Mas, para entendermos essa nova proposta teórica, que aderimos completamente e subscrevemos, é preciso antes entender a doutrina brasileira tradicional e os limites e aporias que ela encerra.

Pois bem. De acordo com a doutrina tradicional brasileira, encabeçada por nomes como Celso Ribeiro Bastos⁸², José Afonso da Silva⁸³, Raul Machado Horta⁸⁴ e Alexandre de Moraes⁸⁵, e apenas para citar alguns, o poder constituinte se divide em dois: poder constituinte originário, que tem como características ser absoluto, intermitente, e ilimitado; e poder constituinte constituído ou poder constituinte de 2º grau, poder de emenda, de revisão, e aqui a terminologia é variada, sendo caracterizado por ser um poder jurídico, limitado pelo poder constituinte originário e que tem como função modificar formalmente a Constituição formal e rígida. Em outras palavras, o poder constituinte originário é absoluto, porque é um poder político e não jurídico, não conhecendo limites jurídicos para a sua atuação. Daí porque pelo fato de ser absoluto é, consequentemente, ilimitado. Por fim, é intermitente, ou seja, ele nasce com o único objetivo de

⁸¹ MELLO, Cláudio Ari. *Op.cit.*; STAMATO, Bianca. *Op.cit.*; CATTONI, Marcelo. **O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito(Por um Exercício de Patriotismo Constitucional, no Marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas)**. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite(Coordenador). **Quinze Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 131 a 154; CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. *Op.cit.*

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. *Op.cit.*

⁸⁴ HORTA, Raul Machado. *Op.cit.*

⁸⁵ MORAES, Alexandre de. *Op.cit.*

criar uma Constituição e, findo seu trabalho, ele desaparece, podendo renascer em outro momento histórico.

É nesse sentido que escreve Paulo Bonavides:

Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituído ou derivado. O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico. O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional.⁸⁶

No máximo, a doutrina brasileira confere uma limitação ao poder constituinte originário, mas mesmo assim de natureza não jurídica. Mais uma vez, com a palavra Paulo Bonavides:

Foi precisamente uma profunda análise racional da legitimidade do poder, contida nas reflexões do contrato social, que fez brotar a teoria do poder constituinte. Quem diz poder constituinte está a dizer já legitimidade desse poder, segundo esta ou aquela idéia básica perfilhada, numa opção de crenças ou princípios.⁸⁷

Em outras palavras, o poder constituinte originário é ilimitado, não conhece amarras jurídicas, a não ser a ideia do movimento que originou esse poder constituinte. Assim, um movimento socialista não poderá, por impossibilidade lógica, fundar uma Constituição capitalista, como um movimento autoritário não poderá fundar uma Constituição democrática.

E aí se encontra o problema crucial dessa doutrina até então divulgada no Brasil. De acordo com esses doutrinadores, é possível que o poder constituinte, que criará uma Constituição, elabore uma Constituição autoritária, se o movimento que o desencadeou for um movimento autoritário. Nesse sentido, o Brasil apresentou Constituições autoritárias, tais como as de 1937 e de 1967/1969.

Mas, será que hoje podemos dizer que uma Constituição pode ser autoritária?

Entendo que não. E, para que esse ponto fique claro, será necessário superarmos o enfoque sociológico, redutor, de se entender a Constituição apenas como um mecanismo de acoplamento estrutural entre Direito e Política. Melhor seria dizer complementarmos esse enfoque com um enfoque interno que esclareça melhor o primeiro.

Vejamos. Com Luhmann, vimos que a Constituição é um mecanismo que possibilita ligar Direito e Política. Em outras palavras, para que o Direito e a Política possam funcionar de maneira fechada, com base em seu próprio código, necessário um mecanismo que faça a troca de informações entre esses dois sistemas. E esse mecanismo é a Constituição formal e rígida. Mas, e se a Constituição for autoritária? Funcionaria ela ainda como um mecanismo de acoplamento

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, p. 146.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, p. 147.

estrutural? Parece-me que não, pois o próprio Luhmann afirma que para que a Constituição formal e rígida possa funcionar adequadamente como um mecanismo de acoplamento estrutural deve a mesma ser democrática ou pressupor a democracia. Em outras palavras, até mesmo um autor como Luhmann vê que uma Constituição só pode ser digna desse nome se for fruto de um poder democrático e fundar a democracia, enquanto regime que realiza os princípios da igualdade e liberdade.

Além disso, só podemos desamarrar e desatar o nó da legitimidade do Direito Moderno se pressupusermos, com Habermas, de que é possível termos legitimidade a partir da legalidade. Assim, superamos também o problema kelseniano da legitimidade da Constituição fundada em uma norma fundamental hipotética sem conteúdo, quando entendemos que o fundamento de legitimidade do Direito encontra-se no próprio Direito Positivo que, agora, somente pode ser estruturado e organizado democraticamente.⁸⁸ Nesse sentido, abordando a teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas, explica Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Para tanto, afastando-se de qualquer postura jusnaturalista, percebe que a legitimidade do Direito só poderia advir da seguinte relação: a faticidade da imposição coercitiva do Direito pelo Estado deveria estar conectada a um processo de normatização racional do direito, pois a coerção e a liberdade são componentes essenciais à dupla dimensão da validade jurídica. Ele percebe que a legitimidade do Direito não se resolve num momento único de entrega de parcela de sua liberdade ao Estado, tal como no pacto social hobbesiano. Tampouco como institucionalização do Direito Natural em liberdades subjetivas fundadas na autonomia moral, como propôs Kant.⁸⁹

Isso porque uma Constituição formal e rígida só pode valer se for fruto de um poder democrático, da vontade do povo, enquanto destinatário das prestações civilizatórias do Estado⁹⁰, que, ao mesmo tempo que é autor é também o destinatário das normas que vão reger suas vidas. Assim, relacionamos soberania popular e direitos humanos em um nexos interno em que os mesmos se pressupõem reciprocamente. Somente assim podemos conferir realidade ao poder constituinte do povo⁹¹, e podemos perceber o Direito como sendo ao mesmo tempo leis de coerção e de liberdade. Nesse sentido:

No meu entender, porém, essa alternativa contradiz uma intuição forte, pois a idéia dos direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta ao legislador soberano a partir de fora, como se fora uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins. Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-origenários, ou seja, um não é possível sem

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso**. *Op.cit.*

⁸⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 130.

⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

⁹¹ MÜLLER, Friedrich. **Fragmento(Sobre) o Poder Constituinte do Povo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

o outro. Além disso, a intuição da “co-originariedade” também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e pública. Ambos os conceitos são interdependentes, uma vez que se encontram numa relação de implicação material. Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os “cidadãos da sociedade”(Gesellschaftsbürger) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado(Staatsbürger), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o “mesmo valor”.⁹²

Ora, uma Constituição que visa a garantir a igualdade e a liberdade, só pode ser fruto de um poder constituinte originário democrático, aberto, que dê vazão à pluralidade das formas de vida de uma sociedade que é plural, aberta, sujeita a modificações. Em outras palavras, aquele que faz a Constituição, o povo, não pode ser identificado no tempo e no espaço. Isso porque o próprio povo, como nos mostra Balibar⁹³, não é algo natural, embora o naturalizemos cotidianamente. O povo é sempre uma construção política e jurídica, passível de reconstruções cotidianas. As fronteiras que marcam quem é e quem não é povo de um Estado estão em permanente mutação. Para dizermos com Rosenfeld, a identidade do sujeito constitucional é aberta⁹⁴, e não pode nunca se fechar, pois o projeto constituinte e constitucional só pode ser bem sucedido se for aberto no tempo e passível de contínuas reconstruções pelas gerações futuras. Ou, para dizermos com Habermas:

É bom notar que a interpretação da história constitucional como um processo de aprendizagem apóia-se numa idéia não trivial, segundo a qual as gerações posteriores tomam como ponto de partida as mesmas medidas que tinham sido tomadas pela geração dos fundadores. Hoje em dia, quem carrega seu juízo com a expectativa normativa da inclusão completa, do reconhecimento recíproco, e da expectativa de iguais chances para o uso de iguais direitos tem que tomar como ponto de partida a idéia de que ele pode obter essas medidas de uma apropriação racional da constituição e da história de sua interpretação, pois os que vêm depois só podem aprender com os erros do passado, enquanto “se encontrarem no mesmo barco”, junto com os antepassados. Eles têm que supor que todas as gerações precedentes tiveram a mesma intenção de criar e ampliar as bases para uma associação livre de parceiros do direito, que doa a si mesma as leis de que necessita. Apesar da distância, todos os participantes têm que estar em condições de reconhecer o projeto como sendo o mesmo que perdura, através dos séculos, e serem capazes de avaliá-lo dentro da mesma perspectiva.⁹⁵

Ou, com Marcelo Cattoni, que tão bem apreendeu o que significa um processo constituinte democrático, quando afirma, em relação à Constituição de 1988:

A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante na nossa história, de um projeto que transcende ao próprio momento de

⁹² HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. *Op.cit.*, p. 154 a 155.

⁹³ BALIBAR, Étienne e WALLERSTEIN, Immanuel. *Raza, Nación y Clase*. Santander: Iepala, 1991; BALIBAR, Étienne. *Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa? Las Fronteras, El Estado, El Pueblo*. Madrid: Tecnos, 2003.

⁹⁴ ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A Era das Transições*. *Op.cit.*, p. 166.

promulgação da Constituição e que lhe dá sentido, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo. Numa leitura reconstrutiva, a Constituição reafirma, mais uma vez, porque os reinterpreta, os grandes ideais de autonomia e de emancipação presentes nas grandes revoluções do final do século XVIII.⁹⁶

Ora, o processo constituinte de um Estado Democrático de Direito é um processo permanente, que transcende até mesmo os grandes momentos e as grandes datas que, aliás, só são grandes momentos e datas a serem comemoradas se representarem alguma coisa para nós, em termos de construção do nosso futuro, sobre o pano de fundo de uma história mundial do constitucionalismo democrático.⁹⁷ Nesse sentido, pode-se perceber que uma Constituição formal e rígida não funda uma comunidade de pessoas ligadas por valores, costumes, língua e história comuns, como pensam os autores clássicos da Teoria Geral do Estado⁹⁸, mas uma comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade de pessoas que se veem como livres e iguais, apesar de profundamente divididas em relação aos seus projetos de vida pessoais.⁹⁹ Isso porque:

A constituição não é uma estória acabada, com final feliz previamente arranjado, mas a orientação de um caminho a seguir. Obra que deve reconhecer sua essencial *incompletude*, ela não pode admitir “guardiães” nem substituir os cidadãos em sua capacidade de criar novas e inesperadas formas de socialidade. Ao contrário, deve esperar que suas lutas completem uma estória cujo texto apenas rascunhou, tornando-a *história* propriamente dita.¹⁰⁰

E é justamente isso que autores como Habermas, com apoio em Sternberger, no exterior e, no Brasil, Marcelo Cattoni e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, denominarão de patriotismo constitucional.¹⁰¹

O termo patriotismo constitucional foi desenvolvido por Dolf Sternberger para demonstrar que a Lei Fundamental de Bonn de 1949, da Alemanha, foi responsável pela criação de um novo

⁹⁶ CATTONI, Marcelo. **O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito (Por um Exercício de Patriotismo Constitucional, no Marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas)**. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). **Quinze Anos de Constituição**. *Op.cit.*, p. 142.

⁹⁷ CATTONI, Marcelo. **O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito (Por um Exercício de Patriotismo Constitucional, no Marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas)**. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coordenador). **Quinze Anos de Constituição**. *Op.cit.*, p. 153.

⁹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. *Op.cit.*; DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁰⁰ ARAÚJO, Cícero Romão Resende de. **A Forma da República: Da Constituição Mista ao Estado**. *Op.cit.*, p. 320.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **A Era das Transições**. *Op.cit.*; STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001; CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. *Op.cit.*; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. IN: GALUPPO, Marcelo Campos. (Organizador). **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 47 a 103.

vínculo entre os alemães. Não mais aquele vínculo emocional com base em um suposto compartilhamento de cultura, valores, língua e história comuns, mas agora com base em direitos e deveres comuns que os alemães se reconheciam reciprocamente em função do Texto Constitucional. E isso porque ficou desmascarada a crença na existência de sociedades homogêneas em termos culturais e de valores. Como mostra Sternberger, os alemães possuem valores, cultura e história muito díspares, mas são capazes de se unir através de uma solidariedade jurídica com a fixação dos direitos fundamentais para todos. Temos assim não mais uma nação de cultura, mas uma nação de cidadãos que se reconhecem como livres e iguais e, portanto, como portadores de direitos fundamentais.¹⁰² Essas reflexões de Sternberger foram apropriadas por Jürgen Habermas, que difundiu a ideia, e, no Brasil, por autores como Marcelo Cattoni e Álvaro Ricardo de Souza Cruz, dentre outros.¹⁰³

Criticando esse posicionamento tradicional no sentido de o poder constituinte originário ser inicial, ilimitado, indivisível, incondicionado e permanente, Cláudio Pereira de Souza Neto assevera:

Apesar de o constituinte eventualmente assumir um papel “fundacional”, como ocorre nos cenários de “novo começo”, é insustentável, ainda nesses casos, definir sua decisão como uma *creatio ex nihilo*, como uma decisão que “nasce do nada”. A Constituição congrega elementos do presente, do passado e do futuro. Por um lado, é o resultado de um processo histórico que se reporta às tradições políticas que dão um sentido de adequação e pertinência ao momento constituinte. Por outro lado, apesar de proteger a estrutura político-social vigente, oferece à cidadania um projeto nacional pelo qual vale a pena perseverar.¹⁰⁴

Outros autores, tais como Rosemiro Pereira Leal¹⁰⁵, Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos¹⁰⁶ e Giorgio Agamben¹⁰⁷, a partir de pressupostos teóricos distintos, também criticam a mitologia do poder constituinte originário como um poder absoluto e ilimitado, tal como defendido pela teoria tradicional.

¹⁰² STERNBERGER, Dolf. *Op.cit.*

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso.** *Op.cit.*; HABERMAS, Jürge. **A Era das Transições.** *Op.cit.*; CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional.** *Op.cit.*; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional.** *IN:* GALUPPO, Marcelo Campos.(Organizador). **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito.** *Op.cit.*; MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade.** São Paulo: Método, 2008.

¹⁰⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67 a 68.

¹⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹⁰⁶ SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁰⁷ AGAMBEN, Giorgio. **O Uso dos Corpos.[Homo Sacer, IV, 2].** São Paulo: Boitempo, 2017, Formato E-book.

Também a partir da perspectiva do ouriço, defendida por Ronald Dworkin¹⁰⁸, é possível defender o equívoco da teoria tradicional do poder constituinte originário.

Para que essa crítica seja bem compreendida, reconstruirei, mesmo que bem rapidamente, a ideia do ouriço defendida por Dworkin e como essa ideia pode levar a uma reformulação da teoria do poder constituinte originário entre nós.

Pois bem. De acordo com Dworkin, utilizando-se de uma frase atribuída a um poeta grego de nome Arquíloco, a raposa sabe muitas coisas, enquanto o ouriço sabe uma única grande coisa. Essa única grande coisa que o ouriço sabe é a independência e a verdade do valor. E isso, segundo o filósofo norte-americano, é uma grande coisa e muito importante.

A tese de Dworkin é no sentido de defender a unidade e independência do valor, ou seja, é possível conhecermos racionalmente os valores e falarmos da verdade e falsidade do valor. Assim, contra os céticos e relativistas, Dworkin defenderá a possibilidade de falarmos sobre a verdade do valor.¹⁰⁹

Além disso, os valores se encontram interligados em uma única grande coisa. Em outras palavras, Dworkin vai defender a possibilidade de se construir uma teoria que consiga unificar todos os valores, de modo a demonstrar que não existem conflitos entre os valores.

A estrutura dos valores seria semelhante à de uma árvore, de modo que cada departamento do valor seria um galho dessa árvore. Como departamentos do valor, teríamos a Ética, a Moral, a Moralidade Política e o Direito. E a raiz dessa árvore a alimentar todos esses galhos seria o valor da dignidade humana.¹¹⁰

Não é o momento de reconstruir todo o pensamento de Dworkin. Aqui, apresentarei apenas alguns elementos que levem a uma possível reconstrução da ideia de poder constituinte originário.

O domínio da Ética é o da busca da felicidade individual. Esse domínio está relacionado com dois princípios éticos fundamentais que configuram a própria ideia de dignidade humana: o autorrespeito e a autenticidade.

Autorrespeito significa que toda vida humana é importante e deve ser protegida, resguardada e deve frutificar. Vidas humanas devem ser bem-sucedidas. Nenhuma vida humana é mais importante do que outra. Contudo, o sucesso ou fracasso de uma vida humana depende das escolhas individuais realizadas. Ninguém pode impor seu projeto de felicidade a uma outra pessoa. Daí porque não é possível pensar o autorrespeito enquanto princípio de dignidade humana sem a

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. *Op.cit.*

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. *Op.cit.*; Para mais informações, vide: OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

autenticidade que significa que as pessoas devem construir seus próprios projetos de felicidade e desenvolvê-los com liberdade e responsabilidade.

No entanto, os projetos de felicidade individuais necessariamente tocarão e estarão relacionados com outros projetos de felicidade. Assim, o domínio da Ética que é o da busca da felicidade e que pretende responder à questão do que eu devo a mim mesmo, relaciona-se necessariamente com o domínio da Moral, que diz respeito à questão do que eu devo aos outros. Os princípios de dignidade da Ética são relidos no domínio da Moral a partir de dois princípios básicos: não atrapalhar e ajudar sempre que possível.

Assim, em termos morais, sempre que não puder ajudar uma pessoa a desenvolver seu projeto de felicidade, a Moral indica que não posso atrapalhar tal projeto. Caso contrário, não levo a sério a ideia de que todos os projetos de felicidade são igualmente importantes.

Esses princípios de Ética e de Moral se interligam a um novo domínio do valor, que Dworkin denominará de Moralidade Política. A Moralidade Política é o domínio do valor que se liga à construção de princípios que uma comunidade política organizada deve aceitar e realizar caso leve a sério a ideia de dignidade humana.

De acordo com Dworkin, se aceitamos a ideia de dignidade humana enquanto autorrespeito e autenticidade e no sentido de que não devemos atrapalhar os projetos individuais de felicidade e ajudar no desenvolvimento desses projetos sempre que possível e sempre que não atrapalhe o desenvolvimento dos nossos próprios projetos, então, em termos de Moralidade Política, essa comunidade necessariamente aceitará que as pessoas deverão ser tratadas com igual respeito e igual consideração. Assim, a comunidade deverá se organizar politicamente de modo a tratar a todos os seus membros como pessoas dotadas de igual respeito e igual consideração. E isso somente é possível por meio da democracia constitucional.

O Direito, então, é a estrutura institucional que visa garantir que a comunidade política tratará seus membros com igual respeito e igual consideração. É, portanto, o Direito a institucionalização da Moralidade Política da comunidade. É exatamente nesse sentido que Dworkin dirá que o Direito é um ramo, um compartimento da Moral, pois visa realizar esses princípios morais fundamentais: as pessoas têm o direito moral de serem tratadas com igual respeito e igual consideração.

Ora, se o Direito é a institucionalização da Moralidade Política de uma comunidade de princípios, de uma comunidade democrática, não pode a Constituição instituir quaisquer princípios de organização da vida social. A Constituição e, portanto, o Poder Constituinte Originário, apenas pode tornar jurídicos os princípios morais de igual respeito e igual consideração. E esse processo de institucionalização da Moralidade Política feito pelo Poder Constituinte Originário traduz essa

moralidade política a partir dos princípios jurídicos de igualdade e liberdade que são complementares e interdependentes, não estando em conflito.

Daí porque também na ótica da unidade do valor ou da teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, não é possível entender o Poder Constituinte Originário como ilimitado e absoluto.

Mas, isso significa que a teoria do Poder Constituinte Originário se tornou imprestável? Sem dúvida que não. Até porque continua a ideia básica de que o Poder Constituinte Originário somente nasce em momentos de crises institucionais gravíssimas e, portanto, o Poder Constituinte Originário não pode ser desencadeado a qualquer momento, mas apenas em situações excepcionais para rever o pacto fundamental de toda a comunidade.

Demonstra-se, portanto, a necessária e urgente revisão da teoria do poder constituinte originário para não mais pensá-lo como absoluto e ilimitado, mas como um processo político que visa ampliar e melhorar os direitos de igualdade e liberdade entre nós.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **O Uso dos Corpos. [Homo Sacer, IV, 2]**. São Paulo: Boitempo, 2017, Formato E-book.

AMADO, Juan Antonio García. **A Sociedade e o Direito na Obra de Niklas Luhmann. IN: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR., Dalmir. Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 301 a 344.

ARAÚJO, Cícero Romão Resende de. **A Forma da República: Da Constituição Mista ao Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ARENDET, Hannah. **Sobre la Revolución**. 1ª edição, Madrid: Alianza Editorial, 2004.

BAILY, Bernard. **As Origens Ideológicas da Revolução Americana**. Edição ampliada, Bauru: EDUSC, 2003.

BALIBAR, Étienne. **Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa? Las Fronteras, El Estado, El Pueblo**. Madrid: Tecnos, 2003.

BALIBAR, Étienne e WALLERSTEIN, Immanuel. **Raza, Nación y Clase**. Santander: Iepala, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: Para uma Crítica do Constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 9ª edição, Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1., 2018, p. 54-87.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.34286>

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CAMPILONGO, Celso. **A Posição dos Tribunais no Centro e na Periferia do Sistema Mundial**. *IN*: PIOVESAN, Flávia. (Coordenadora). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: Desafios do Direito Constitucional Internacional**. São Paulo:Max Limonad, 2002, p. 477 a 490.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Direito e Antropologia: Reflexões sobre a Origem do Direito a Partir de Kelsen e Nietzsche**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Constituição da Europa**. *IN*: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coordenador). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **O Requisito Essencial da Imparcialidade para a Decisão Constitucionalmente Adequada de um Caso Concreto no Paradigma Constitucional do Estado Democrático de Direito**. *IN*: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Ano XXIX, nº 68, jan/jun 1999.

CATTONI, Marcelo. **O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito** (Por um Exercício de Patriotismo Constitucional, no Marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito, de Jürgen Habermas). In: SAMPAIO, José Adércio Leite(Coordenador). **Quinze Anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 131 a 154; CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CLAM, Jean. **Droit et Société chez Niklas Luhmann: La Contingence des Normes**. Paris: PUF, 1997.

CORSI Giancarlo e DE GIORGI, Raffaele. **Ridescrivere la Questione Meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia Editora, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. *IN*: GALUPPO, Marcelo Campos.(Organizador). **O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 47 a 103.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

DARNTON, Robert. **Censores em Ação: Como os Estados Influenciaram a Literatura**. Companhia das Letras: Edição Kindle.

DE GIORGI, Raffaele. **A Memória do Direito**. *IN*: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Número 2, julho/dezembro de 2003, p. 59 a 77.

_____. **Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o Futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

DIPPEL, Horst. **História do Constitucionalismo Moderno: Novas Perspectivas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v.4, n.1., 2018, p. 54-87.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.34286>

- _____. **A Virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. **O Direito da Liberdade: A Leitura Moral da Constituição Norte-Americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **Uma Questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELSTER, Jon. **Argumenter et Négocier dans Deux Assemblées Constituantes.** *IN: Persée: Revue Française de Science Politique.* 44º Ano, nº 2, 1994, p. 187 a 256.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Días.** Madrid: Trotta, 2001.
- _____. **Constitucionalismo: Experiencias Históricas y Tendencias Actuales.** Madrid: Trotta, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lengua de los Derechos: La Formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa.** 2ª reimpressão, Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 4ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- HUNT, Lynn Avery. **A Invenção da Pornografia: Obscenidades e as Origens da Modernidade. 1550-1800.** São Paulo: Hedra, 1999.
- KOSELLECK, Reinhart. **Futuro Passado: Contribuição à Semântica dos Tempos Históricos.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- _____. **historia/Historia.** Madrid: Trotta, 2004.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** 2ª edição, Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- LUHMANN, Niklas. **Indivíduo, Individualidad, Individualismo.** *IN: DARDÉ, Verónica Muñoz(comp.). Zona Abierta, 70-71, Madrid, Siglo XXI, 1995, p. 53 a 157.*
- _____. **La Costituzione come Acquisizione Evolutiva.** *IN: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo e LUTHER, Jörg. Il Futuro della Costituzione.* Torino: Einaudi, 1996, p. 83 a 128.
- _____. **La Differenziazione del Diritto: Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto.** Bologna: Il Mulino, 1990.
- _____. **Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y Contingencia en la Sociedad Moderna.** Barcelona, Paidós, 1997.
- _____. **Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo.** México, Anthropos, 1997.
- _____. **O Direito da Sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- _____. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una Teoría General.** México: Anthropos Editorial, 1998.
- _____. **Sociología de Riesgo.** México: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.

- _____. **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. **Sociologia do Direito II.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985
- MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude.** São Paulo: EDUSC, 2001.
- MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade.** São Paulo: Método, 2008.
- MOHNHAUPT, Heinz e GRIMM, Dieter. **Constituição: História do Conceito desde a Antiguidade até nossos Dias.** Belo Horizonte: Tempus, 2012.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. **Fragmento(Sobre) o Poder Constituinte do Povo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007
- _____. **Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **Constitución y Soberanía: El Sentido de la Democracia Constitucional.** Granada: Comares, 2000.
- OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais.** 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- OST, François. **O Tempo do Direito.** Bauru : EDUSC, 2005.
- RIALS, Stéphane. **La Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen.** Paris: Hachette, 1988.
- RICOEUR, Paul. **O Justo ou a Essência da Justiça.** Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** 2ª edição, 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SANCHÍS, Luís Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.** Madrid: Trotta, 2003.
- SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SCHMITT, Carl. **Teología Política.** Madrid: Trotta, 2009.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade: Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWARTZ, Germano. **Direito e Rock: O Brock e as Expectativas Normativas da Constituição de 1988 e do Junho de 2013**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Escritos y Discursos de la Revolución**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STAMATO, Bianca. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição Digital.

Enviado em: 22.05.2018

Aprovado em: 03.06.2018