

A constituição formal e rígida, a tensão constitutiva ao direito moderno entre faticidade e validade e a tipificação do crime de racismo na Constituição de 1988

José Emílio Medauar Ommati *

“Para Sarah, como sempre.”

Este texto pretende rediscutir e reconstruir alguns conceitos que reputo centrais para a teoria constitucional democrática contemporânea, o da Constituição formal e rígida e o de poder constituinte originário. Para tanto, esse artigo apresentará um duplo movimento. Inicialmente, partirei de uma perspectiva, externa, sociológica, tomando como base as análises de Niklas Luhmann sobre o Direito Moderno e a Constituição e o papel dos Tribunais como centro do sistema jurídico. A seguir, na segunda parte, farei uma análise da Constituição formal e rígida a partir de uma perspectiva interna, buscando entender a legitimidade do Direito Moderno, tendo como foco central a teoria do poder constituinte, tudo para melhor compreender a tensão constitutiva ao Direito Moderno entre faticidade e validade e tentando evitar análises parciais que ora enfocam apenas a perspectiva interna, ora a externa, sem perceberem que existe uma tensão inerente ao Direito Moderno entre coerção e liberdade. Esse movimento se justifica para entendermos que se a Constituição é um mecanismo de acoplamento estrutural entre o Direito e a Política e se os Tribunais se constituem no centro do Direito Moderno, isso não significa dizer que a Constituição pode conter qualquer conteúdo em seu texto e que, pelo fato de os Tribunais serem o centro do sistema também não significa que eles podem dizer o Direito de qualquer modo. Em outras palavras, o Direito Moderno apresenta-se como uma tensão entre forma e conteúdo. Assim, poderei mostrar que a tipificação do crime de racismo na Constituição de 1988 como crime inafiançável e imprescritível, ao contrário do que a maior parte da doutrina brasileira acredita, não é uma aberração jurídica, mas se justifica como uma forma de promover os princípios maiores do ordenamento jurídico: a igualdade e a liberdade.

1. BREVE CARACTERIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO MODERNO NA PERSPECTIVA DE NIKLAS LUHMANN

Antes de entendermos quais as características do Direito Moderno, a função da Constituição formal e rígida e o papel dos Tribunais no ordenamento jurídico, necessária se faz uma breve digressão 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.” (Tradução livre)[1]

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.[2]

De acordo com Luhmann, revendo toda a sociologia clássica, o sistema social não se baseia nas ações humanas, mas em comunicações. Portanto, em Luhmann, e isso pode ser chocante para muitos, o sistema social não se baseia nas ações humanas, mas em comunicações. 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.[3] 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 idéia 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.[4] Em termos sociais, havia um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam. As palavras de Menelick de Carvalho Netto merecem ser citadas:

“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 hermeneuta).

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.”[5]

Essa percepção temporal vai sofrendo, aos poucos, uma erosão[6], modificando-se e agregando-se, ou, para continuarmos na metáfora geológica, sedimentando-se[7] 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 idéia 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.

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.[8] O tempo passou a ser visto como uma construção social.[9] 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.[10]

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 idéia de razão 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 idéias de indivíduo, individualidade e individualismo, e, por fim, e apenas para o que nos interessa, o surgimento das Constituições formais e rígidas.

Mostra Luhmann[11] que, aos poucos, as idéias 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 idéias 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 re-entrada do indivíduo na sociedade. Mais uma vez, um paradoxo será experimentado: a percepção de que quanto maior a igualdade, maior a desigualdade.

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

De acordo com Luhmann, a modernidade vai marcar a substituição paulatina da idéia de perigo, em que as conseqüências dos atos humanos eram sempre decorrentes de algo externo ao homem(Deus, natureza, etc.), pela idéia 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.[12]

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 idéia 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 de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade.”^[13]

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, etc.

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.^[14]

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 idéia de mudança, de contingência. Para dizer com Luhmann, a contingência é o auto-valor, o valor próprio da sociedade moderna.^[15]

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 constituem-se 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 estritamente para sua reprodução interna.^[16] 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.^[17]

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^[18] e Niklas Luhmann^[19], 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. 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 supralegalidade.

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 passa a ser visto, a partir de agora, como mutável, contingente, fruto de uma decisão: em outras palavras, direito positivo.[20]

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 encontra-se 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[21], 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. 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 ambigüidade 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 subseqüentes.[22]

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 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.[23]

Pois bem. Esse direito contingente, fundado em decisão, tem como função principal estabilizar expectativas de comportamento.[24] 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 a estabilização dos comportamentos se dá em outra organização também importantíssima do sistema jurídico: o Poder Judiciário.[25]

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.[26]

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.[27]

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.[28]

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.[29]

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 (tribunal e juizes) elementos suficientes para que se possa, mediante a contrafaticidade normativa regular o tempo.[30]

Mas, para entendermos a função e a importância da Constituição formal e rígida, não basta apenas a análise sociológica, externa, funcional, empreendida a partir da teoria luhmaniana, mas é fundamental agregarmos a ela a legitimidade democrática, ou para dizermos em uma linguagem habermasiana, percebermos que o Direito Moderno está em tensão entre faticidade e validade. Ou, ainda com Habermas, que o Direito Moderno não é apenas forma, mas que se apresenta em uma tensão constitutiva entre forma e conteúdo.[31] Essa análise, a partir de uma reformulação, mesmo que rápida, da teoria do poder constituinte servirá para demonstrar a necessidade da tipificação do crime de racismo na Constituição de 1988 como corolário dos princípios da igualdade e liberdade em um Estado Democrático de Direito.

2. A LEGITIMIDADE DO DIREITO MODERNO ATRAVÉS DO MOMENTO CONSTITUINTE: UMA NECESSÁRIA REFORMULAÇÃO DA TEORIA DO PODER CONSTITUINTE NO BRASIL

Ainda hoje, a doutrina constitucional brasileira majoritária encontra-se presa à dicotomia traçada inicialmente por Sieyès entre poder constituinte e poder constituído. Para o abade francês, em panfleto que se tornou clássico e referência obrigatória para o estudo do poder constituinte até hoje[32], o Terceiro Estado francês poderia se arrogar o direito de se transformar em Assembleia Nacional Constituinte, como de fato fez posteriormente, pelo fato de o mesmo representar a Nação francesa. O abade francês fazia uso naquele momento da teoria bastante difundida na França da vontade geral de Rousseau. O Terceiro Estado seria detentor do poder constituinte, pois verdadeiro representante da Nação e, enquanto tal, tinha poder total para reformular e reconstruir o Estado francês. Os outros poderes, constituídos, delegados pelo poder constituinte da Nação, eram limitados e não poderiam ir além da vontade geral determinada pelo Poder Constituinte Originário.

Não foi por outro motivo 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 idéia 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.

Paralelamente a essa tradição francesa, e até mesmo com certa anterioridade temporal, desenvolveu-se uma outra tradição revolucionária que, até bem pouco tempo, foi muito pouco estudada pela doutrina brasileira e pelos europeus. Trata-se da tradição americana que, ao fazer sua Revolução, não deu completa prioridade à tese do poder constituinte originário como fruto da vontade geral, mas soube, com grande inteligência, contrabalançar essa tese, com outra tese também importante, a de 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. 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. 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 conseqüências 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.[33]

De acordo com Hannah Arendt[34], 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 idéia 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 diz representante 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.

Assim, a Revolução francesa caiu rapidamente no Terror e na ditadura[35], 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.

Contudo, se a Revolução Francesa fracassou em termos de resultado, ela foi muito bem sucedida enquanto modelo seguido por outros países. 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.[36]

O mesmo se deu com o Brasil. 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[37], Bianca Stamato[38] e Marcelo Cattoni[39], 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.

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 Bastos[40], José Afonso da Silva[41], Raul Machado Horta[42] e Alexandre de Moraes[43], 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, conseqüentemente, ilimitado. Por fim, é intermitente, ou seja, ele nasce com o único objetivo de criar uma Constituição e, findo seu trabalho, ele desaparece, podendo renascer em outro momento histórico.

Nem mesmo o grande Mestre Paulo Bonavides, que normalmente apresenta uma postura e uma doutrina muito mais consentânea com os grandes avanços do Estado Democrático de Direito, tendo sido mesmo dentre nós um jurista vigilante e atuante para a implementação do Estado Democrático de Direito, escapou da armadilha dessa dicotomia rígida entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado. De acordo com 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.”[44]

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.”[45]

Em outras palavras, o poder constituinte originário é ilimitado, não conhece amarras jurídicas, a não ser a idéia 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 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 desamararrar e desatar o nó da legitimidade do Direito Moderno se pressupusermos, com Habermas[46], de que é possível termos legitimidade a partir da legalidade. Assim, superamos também o problema kelseniano da legitimidade da Constituição ou, para dizermos com Kelsen, por que uma Constituição vale?

Defendo aqui que 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 Estado[47], 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 povo[48], e podemos perceber o Direito como sendo ao mesmo tempo leis de coerção e de liberdade.

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 Balibar[49], 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 aberta[50], 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.”[51]

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 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.”[\[52\]](#)

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.[\[53\]](#)

Portanto, uma Constituição democrática como a nossa, que pretendeu fundar os ideais de autonomia e emancipação, para dizermos com Marcelo Cattoni, ou, se quisermos usar os termos de Ronald Dworkin, de igualdade e liberdade, não poderia deixar de contemplar em seu texto a proibição da prática de racismo e de todas as formas de discriminação, pois obviamente, atitudes racistas, discriminatórias, são contrárias aos ideais de igualdade e liberdade.

Ao contrário do que defendido pela doutrina brasileira tradicional e esboçado pelos Ministros do STF em passagens de seus votos no HC 82.424/RS[\[54\]](#), o dispositivo constitucional que trata do racismo como crime inafiançável e imprescritível não é algo esdrúxulo e exorbitante no Texto Constitucional, mas uma decorrência dos princípios da igualdade e liberdade e foi ali colocado como uma forma de se insurgir contra séculos de opressão e de racismo da nossa sociedade. É claro que somente uma norma constitucional não será capaz de acabar com o racismo em nossa sociedade, mas é um referencial para que os cidadãos que se sentem injustiçados e vítimas de racismo possam lutar por seus direitos de igualdade e liberdade, no marco de uma sociedade plural e que pretende se refundar na tolerância.

Também percebemos que com a reformulação do conceito e alcance de termos como Constituição formal e rígida e poder constituinte originário da forma que fizemos aqui, não podemos mais afirmar seriamente, tal como recentemente feito pelo Ministro Nélson Jobim, que o grande problema do nosso ordenamento jurídico e até mesmo da governabilidade do nosso país é o tamanho da nossa Constituição, a ponto de o Ministro Jobim, hoje Presidente da mais alta Corte do País, que deve ser a guardiã precípua da Constituição(artigo 102, CF/88), defender uma “lipoaspiração” no Texto Constitucional. Ora, se é verdade que o nosso Texto Constitucional é extenso, também é verdade que de outra forma ele não poderia ser. Pois, como lidar com a complexidade da nossa sociedade, marcada pela exclusão, racismo, preconceito, violência no campo e nas cidades, dentre tantos outros problemas sociais? Será que hoje poderíamos, de modo crível, acreditar que faríamos uma Constituição semelhante à americana, com pouco menos de dez artigos e poucas dezenas de emendas? Será que os americanos, se fossem refundar seu país, através de um Poder Constituinte Originário, fariam uma Constituição tão pequena? E mais: será que a Constituição americana é tão pequena da forma que se alardeia por aí? Ou será que para entendermos a realidade constitucional norte-americana não teríamos de transcender o Texto Constitucional, para pesquisar o entendimento da Suprema Corte sobre as diversas questões tratadas e até mesmo não explicitamente tratadas pela Constituição norte-americana?

Assim, acredito que, se os americanos têm algo a nos ensinar, é o fato de que uma Constituição não precisa tanto de emendas, mas sim de ser levada a sério, ser implementada e construída e reconstruída cotidianamente, através de discussões públicas amplas e do trabalho dos Tribunais, como forma de gerar nas pessoas um sentimento constitucional de que nos fala Verdú, e isso somente acontecerá no nosso País se percebermos que o momento constituinte não se esgotou em

1988, com a promulgação do Texto Constitucional, mas que, pelo fato de a Constituição ser um projeto de inclusão aberto para o futuro, somos os artífices desse Texto, os realizadores dele. Devemos, isso sim, ao invés de culpar o Texto por erros que são nossos, parar de transferir responsabilidades e implementar esse Texto nas nossas práticas cotidianas, já sabendo que cometeremos erros e percalços haverá no meio do caminho, mas que com o regime democrático podemos aprender com os erros, corrigi-los e, quem sabe, evitá-los no futuro.

Notas:

[1] 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.* IN: LUHMANN, Niklas. *La Differenziazione del Diritto: Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto*. Bologna, Il Mulino, 1990, p. 38 a 39; No mesmo sentido, vide: LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamientos 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.

[2] Livros introdutórios interessantes sobre esse assunto podem ser consultados, tais como: SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004; CLAM, Jean. *Droit et Société chez Niklas Luhmann: La Contingence des Normes*. Paris, PUF, 1997.

[3] Uma bela explicação dessa questão, encontramos na seguinte obra: 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.

[4] Nesse sentido, vide: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado: Para uma Semântica de los Tiempos Históricos*. Barcelona, Paidós, 1993; KOSELLECK, Reinhart. *historia/Historia*. Madrid, Trotta, 2004.

[5] 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. No mesmo sentido, parece ser a lição de Alasdair MacIntyre quando escreve sobre as sociedades medievais: *“O modelo ao qual a ação correta deve adaptar-se é o do direito contido na própria natureza, o da ordem cósmica. A virtude é, assim, estar em conformidade com as leis cósmicas, tanto em disposição interna quanto em atos externos. Essas leis são as mesmas para todos os seres racionais; não têm nada a ver com particularidades ou circunstâncias locais. O homem bom é um cidadão do universo; sua relação com todas as outras coletividades, cidade, reino ou império, é secundária e acidental. O estoicismo, portanto, nos convida a lutar contra o mundo das circunstâncias físicas e políticas ao mesmo tempo em que exige que nos comportemos em conformidade com a natureza. Nisso há sintomas de paradoxo, e não são enganosos.”* IN: MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. [After Vertue] Tradução do inglês para o português: Jussara Simões. São Paulo, EDUSC, 2001, p. 285. No mesmo sentido, veja os capítulos 10 a 12 da mesma obra, p. 209 a 278.

[6] Essa figura lingüística da erosão foi tomada de empréstimo de Koselleck, na obra já citada Futuro Passado.

- [7] Também essa figura da sedimentação é devida a Koselleck, na obra *Futuro Passado*.
- [8] Nesse sentido, vide o excelente trabalho de François Ost: OST, François. *O Tempo do Direito*. Bauru, EDUSC, 2005.
- [9] Assim, autores como François Ost e Raffaele De Giorgi, quando se referem aos tempos sociais, falam de memória, que, ao contrário do que se pensa, é sempre uma construção social, ressaltando que os sistemas da sociedade moderna concebem seus tempos, ora esquecendo de alguns eventos, ora lembrando de outros. Assim: OST, François. *Op.cit.*, p. 45 a 130; DE GIORGI, Raffaele. *A Memória do Direito*. IN: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Número 2, julho/dezembro de 2003, p. 59 a 77.
- [10] OST, François. *Op.cit.*, p. 34 a 38.
- [11] LUHMANN, Niklas. *Individuo, Individualidad, Individualismo*. IN: DARDÉ, Verónica Muñoz(comp.). *Zona Abierta*, 70-71, Madrid, Siglo XXI, 1995, p. 53 a 157.
- [12] LUHMANN, Niklas. *Sociología de Riesgo*. México, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992. No mesmo sentido, vide: RICOEUR, Paul. *O Conceito de Responsabilidade: Ensaio de Análise Semântica*. IN: RICOEUR, Paul. *O Justo ou a Essência da Justiça*. Lisboa, Instituto Piaget, 1997, p. 35 a 60.
- [13] CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Constituição da Europa*. IN: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coordenador). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 281 a 282.
- [14] LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: Lineamientos para una Teoría General*. *Op.cit.*
- [15] LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y Contingencia en la Sociedad Moderna*. Barcelona, Paidós, 1997.
- [16] LUHMANN, Niklas. *Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*. México, Anthropos, 1997.
- [17] 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.
- [18] FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid, Trotta, 2001.
- [19] LUHMANN, Niklas. *La Costituzione come Acquisizione Evolutiva*. *Op.cit.*
- [20] LUHMANN, Niklas. *La Differenziazione del Diritto*. *Op.cit.*, p. 103 a 146; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. *Op.cit.*, p. 225 a 238; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. *Op.cit.*, p. 07 a 17.
- [21] SCHUARTZ, Luís Fernando. *Norma, Contingência e Racionalidade: Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 92 a 93.
- [22] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. *Op.cit.*, p. 508 a 509.
- [23] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. *Op.cit.*, p. 540 a 541.
- [24] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. *op.cit.*, p. 53 a 66; LUHMANN, Niklas. *La Differenziazione del Diritto*. *Op.cit.*, p. 81 a 101.
- [25] CLAM, Jean. *Op.cit.*, p. 280 a 285.
- [26] LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. *Op.cit.*, p. 359 a 399.
- [27] SCHWARTZ, Germano. *Op.cit.*, p. 113 a 114.
- [28] 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.
- [29] SCHWARTZ, Germano. *Op.cit.*, p. 115.
- [30] SCHWARTZ, Germano. *Op.cit.*, p. 115; CAMPILONGO, Celso. *Op.cit.*, p. 477 a 490.
- [31] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. *Op.cit.*
- [32] SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *A Constituinte Burguesa*. 4ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

- [33] Nesse sentido, vide: BAILY, Bernard. *As Origens Ideológicas da Revolução Americana*. Edição ampliada, Bauru, EDUSC, 2003.
- [34] ARENDT, Hannah. *Sobre la Revolución*. 1ª edição, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- [35] Nesse sentido, vide: PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y Soberanía: El Sentido de la Democracia Constitucional*. Granada, Comares, 2000; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid, Trotta, 2001; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª edição, Madrid, Civitas, 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.
- [36] ARENDT, Hannah. *Sobre la Revolución*. *Op.cit.*
- [37] MELLO, Cláudio Ari. *Op.cit.*
- [38] STAMATO, Bianca. *Op.cit.*
- [39] 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.
- [40] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001.
- [41] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª edição, São Paulo, Malheiros, 2004.
- [42] HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- [43] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª edição, São Paulo, Atlas, 2003.
- [44] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 146.
- [45] BONAVIDES, Paulo. *Op.cit.*, p. 147.
- [46] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. *Op.cit.*
- [47] MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3ª edição, São Paulo, Max Limonad, 2003.
- [48] MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (Sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- [49] BALIBAR, Étienne e WALLERSTEINS, Immanuel. *Raza, Nación y Clase*. Santander, Iepala, 1991; BALIBAR, Étienne. *Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa? Las Fronteras, El Estado, El Pueblo*. Madrid, Tecnos, 2003.
- [50] ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.
- [51] HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003, p. 166.
- [52] 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*. *Op.cit.*, p. 142.
- [53] 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*. *Op.cit.*, p. 153.
- [54] Nesse caso concreto, considerado pelo próprio STF como um julgamento histórico, considerou-se que um editor gaúcho houvera praticado crime de racismo contra judeus por ter escrito obras de sua autoria e publicado outras obras de terceiros na tentativa de “rever” o fato histórico do Holocausto.

* Acadêmico de Direito na UFMG, estagiário do Escritório Campos & Mendes Advogados Especializados.

Disponível em:

<http://www.loveira.adv.br/material/constitucional/constituicao_formal_rigida.doc>.

Acesso em: 06 set. 2007.