

“Sobre nós mesmos”: Menelick de Carvalho Netto e o Direito Constitucional brasileiro pós-1988

David F. L. Gomes[1]

Resumo: Este artigo visa a apresentar os principais elementos do pensamento teórico-constitucional de Menelick de Carvalho Netto. Para tanto, inicia-se com a explanação do contexto histórico e intelectual em que esse pensamento emergiu. O próximo passo é dedicado a discutir cada um daqueles elementos e, ao mesmo tempo, articulá-los em um mosaico complexo. Finalmente, com base nos argumentos anteriores, afirma-se a tese de que, em torno de Menelick de Carvalho Netto, consolidou-se uma escola de pensamento que aborda o fenômeno constitucional desde um pano de fundo comum, mas que permanece aberta, plural e tão complexa quanto a própria modernidade constitucional.

Palavras-chave: Menelick de Carvalho Netto. Direito Constitucional. Teoria da Constituição. Constituição de 1988.

Abstract: *This paper aims at presenting the main elements of Menelick de Carvalho Netto's constitutional-theoretical thinking. To do so, it first explain the historical and intelectual context in which this thinking emerged. Next, it discusses each of that elements and at the same time articulates them in a complex mosaic. Finally, based on the previous arguments, it asserts the thesis that around Menelick de Carvalho Netto was consolidated a school of thought that approaches the constitutional phenomena from a common background, but which remains open, plural and as complex as the constitutional modernity itself.*

1 Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor adjunto da UFMG, nos cursos de graduação em Direito e em Ciências do Estado e no Programa de Pós-Graduação em Direito. Subcoordenador do curso de graduação em Ciências do Estado na mesma instituição. Contato: davidflg@ufmg.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/1828373618919886.

Keywords: *Menelick de Carvalho Netto. Constitutional Law. Constitutional Theory. Constitution of 1988.*

1 – Introdução

É difícil dizer qual seria o critério para a mensuração da grandeza intelectual. Alguns nomes conquistaram o reconhecimento dessa grandeza por meio de uma obra vasta, com livros e artigos que se seguiram uns aos outros e, ao longo do percurso de uma vida inteira, deram uma certa ideia de unidade a todo um projeto teórico – ainda que muitas vezes marcado por fases distintas e complicados problemas de coerência conceitual entre elas. Outras figuras asseguraram definitivamente sua pertença ao seleto grupo de pessoas que fazem jus a essa grandeza com apenas um ou dois livros e alguns poucos artigos – textos, porém, que mudaram a história de seus respectivos campos. Há ainda aquelas e aqueles cuja grandeza intelectual é afirmada quase paradoxalmente pela incompletude de sua obra, pelos fragmentos deixados para trás e que, precisamente como fragmentos, tornam incontestável a assertiva segundo a qual se trata ali de algo raro no gênero humano.

Esses três casos, todavia, não conseguem esgotar o rol daquilo que, mais ou menos como requisitos, precisariam alternativamente estar presentes para que alguém alcançasse um lugar junto aos maiores entre aquelas e aqueles cuja contribuição fundamental à história humana foi e é simplesmente esta: pensar.

Sem dúvidas, Menelick de Carvalho Netto não é facilmente encaixável nesses moldes delineados. Não possui uma vasta obra, com livros e artigos concatenados que desdobram ante os olhos de leitoras e leitores um sistema teórico claro e coeso. Por outro lado, não escreveu somente um livro e uns poucos artigos – escreveu muito, mas de modo disperso e espalhado sobretudo em prefácios e introduções a textos de outras pessoas. Ao mesmo tempo, há certamente um conjunto quase incomensurável de fragmentos de pensamento, mas estão provavelmente menos em anotações manuscritas do próprio Menelick de Carvalho

Netto e mais numa rica oralidade captada – de maneira igualmente fragmentária – por antigas fitas cassetes e por cadernos de alunas e alunos, orientandas e orientandos, ouvintes de conferências e de bancas e pré-bancas em universidades de todo o Brasil. Apesar disso, quem quer que o tenha conhecido no exercício de suas atividades acadêmicas dificilmente negará a estatura imensa de sua intelectualidade. E, não obstante sua trajetória nos estudos literários e na filosofia, em face de nenhum outro objeto revela-se melhor essa estatura do que perante o Direito Constitucional brasileiro pós-1988.

Essa assertiva ajuda a explicar o título – mais especificamente, o subtítulo – do presente texto. Mas não foi exatamente fácil chegar até ele. Ao longo da década de 1990 e até meados da década de 2000, Menelick de Carvalho Netto conduziu suas atividades de pesquisa e docência em Minas Gerais, sobretudo na Faculdade de Direito da UFMG. Durante esse período, ele mesmo chega a mencionar que aquilo que estava a fazer era contribuir para o que se ia consolidando como uma Escola Mineira de Direito Constitucional (CARVALHO NETTO, 1998, p. 12). As origens dessa escola remontariam pelo menos a Orlando Magalhães Carvalho, passando por nomes da envergadura de Raul Machado Horta e José Alfredo de Oliveira Baracho.

No entanto, o passar dos anos e o conteúdo da ampla produção bibliográfica que ia tendo lugar sob orientação ou influência direta ou indireta de Menelick de Carvalho Netto mostravam que ele não podia ser compreendido como um simples elo dessa cadeia, como um elemento a mais nessa grandiosa tradição. Diferentemente, ele e sua obra consistiam num ponto de inflexão na história dessa escola: por certo, ele permanecia ligado ao que lhe antecedia e podia apoiar-se "no ombro de gigantes"; mas, assim apoiado, a partir dele projetava-se todo um projeto teórico com fundamentos, métodos, objetos, preocupações e propósitos inovadores. Sua ligação com a tradição a que ainda se filiava, por um lado, e a projeção que seu modo próprio de pensar o Direito Constitucional alcançou em Minas Gerais e, irradiando-se dali, em distintos lugares do país, por outro lado, autorizaria em

princípio um subtítulo como este: "Menelick de Carvalho Netto e a Escola Mineira de Direito Constitucional".

Mas, de meados dos anos 2000 em diante, o núcleo das atividades intelectuais de Menelick de Carvalho Netto mudou-se de Minas Gerais para o Distrito Federal, de Belo Horizonte para Brasília. Também ali se formou em torno dele uma sólida tradição de pesquisa e uma vasta produção bibliográfica. E, entre o final da década de 2000 e o início da década de 2010, o curso de Direito da UnB tinha em seu quadro docente, tanto quanto a UFMG o tinha, um corpo de excelentes professoras e professores cuja formação havia transcorrido no bojo do grupo liderado por Menelick de Carvalho Netto.

Em outras palavras, aquele ponto de inflexão na história da Escola Mineira de Direito Constitucional havia feito com que esta ultrapassasse as fronteiras de sua mineiridade. Esse alargamento fronteiriço, aliás, não acontecera em direção só a Brasília: ramificações havia também no Rio de Janeiro, no Piauí, no Maranhão, em São Paulo, no Espírito Santo, no Paraná. Logo, valer-se do subtítulo "Menelick de Carvalho Netto e a Escola Mineira de Direito Constitucional" seria restringir equivocadamente um movimento de pensamento que já há muito não se acomodava a uma localidade específica e que, a essa altura, com os desdobramentos plurais que viera tendo, já não permitia reconhecer em si com muita clareza os traços da tradição da qual bebera em sua origem. Sem jamais negar o valor desta, mas autonomizado ante ela, algo novo se constituíra, e esse algo não tinha mais uma referencialidade territorial definida.

Contudo, não é somente isso. A configuração interna desse algo novo, desse movimento de pensamento, coloca em xeque a noção mesma de *escola*. Do ponto de vista da linguagem escrita, Menelick de Carvalho Netto é um autor preferencial de portas de entrada – introduções, prefácios, apresentações – a textos de outras autoras e outros autores. Essas autoras e esses autores são, em regra, pessoas orientadas por ele em mestrados e doutorados – são, no sentido mais belo e mais terno possível de um termo não desprovido de complicações semânticas, suas alunas

e seus alunos. E pouca coisa causa mais orgulho a Menelick de Carvalho Netto do que o haver formado essas pessoas, do que a sua condição de professor:

> [...] em se tratando dessa trajetória, de professor, que me marca, olhando para o meu passado dá para reconhecer isso, sim. Essa linha comum, de sempre ter orientado muito [...].
>
> Isso sim, e você me desculpe, mas eu tenho o maior orgulho exatamente disso, de poder ter contribuído para diferentes trajetórias, diferentes enfoques. (CARVALHO NETTO, 2018, p. 364).

Se isso poderia suscitar a imagem de um aglomerado de dissertações e teses que reproduzem, quase à maneira mecânica de uma linha de produção, um idêntico plexo de ideias e conceitos já prontos, fabricados inicialmente por Menelick de Carvalho Netto e repetidos por meras filiais formadas por ele, já no próprio gesto de assumir com orgulho a condição de professor esse sentido tradicional de alguém que professa algo e forja a construção de cópias de si explode: o orgulho é justamente o de ter podido contribuir para "diferentes trajetórias, diferentes enfoques":

> [...] o grande desafio de um professor é esse, produzir professores. Contribuir para a construção de uma reflexão mais complexa, sobretudo em um país como o nosso. Aqui os desafios são imensos. Acredito que o papel do professor é fomentar e instigar a curiosidade que as pessoas já têm, já portam, já trazem. Como funciona isso, né?... Um dos meus maiores orgulhos, que eu acho, é não ter "matado" nenhum deles. Cada um é cada um. Eles têm sua trajetória, tem uma forma complexa de pensar.
>
> [...] fazia dessa orientação um processo de aprendizado meu. Cada orientando me ensinou muito. Essa relação de troca que a gente sempre tem, que é muito interessante, muito legal, faz com que um velhinho como eu possa se sentir novo. Tenha sempre o que aprender, é muito importante para o professor. Um professor que só ensina acaba ficando vítima da ficha amarela, secando por dentro. Então acho muito importante que a gente nunca deixe de ter paixão por aquilo que nos levou a ser professor, o próprio processo de aprendizado. Ele é fas-

> cinante, faz com que a gente aprenda sempre. Sempre você pode se renovar, ser uma nova pessoa, sem trair o que você era anteriormente. (CARVALHO NETTO, 2018, p. 363-365).

Ou seja, se é preferencialmente como porta de entrada para textos de orientandas e orientandos que o pensamento – em sua faceta escrita – de Menelick de Carvalho Netto se dá a conhecer, o admirável respeito à autonomia de suas alunas e de seus alunos e o estímulo constante à pluralidade e à renovação não permitem vislumbrarem-se aí os contornos de uma *escola* no sentido clássico dessa expressão. O que transborda esses textos prefaciais permanece sobretudo na densa teia de oralidade a que acima se aludiu e, por razões óbvias, sustenta ainda menos uma hipótese *escolástica*. Em seu singular estilo, Gabriel Rezende captou e formulou isso como ninguém: "O pensamento de Menelick nos dá a impressão de estar contido em lugar nenhum" (REZENDE, 2017, p. 184).

Por conseguinte, não apenas é inadequado restringir o pensamento e a obra de Menelick de Carvalho Netto aos horizontes do que seria uma Escola Mineira de Direito Constitucional, mas, além disso, qualquer referência à ideia mesma de *escola* arrisca-se aqui a mostrar-se radicalmente deslocada.

Em que pese tudo isso – ou talvez exatamente por tudo isso –, a grandeza intelectual de Menelick de Carvalho Netto permanece inquestionável. É ela, a propósito, a justificativa deste artigo. O objetivo do artigo? Apresentar, e discorrer sobre, o que me parece ser o conjunto dos elementos nucleares de seu pensamento e sua obra acerca do Direito Constitucional brasileiro pós-1988. Isto é, quase paradoxalmente, tentar apropriar-se do inapropriável, tentar fixar pilares de um pensamento cuja potência inesgotável insinua residir precipuamente em sua fluidez ininterrupta.

De um ponto de vista metodológico, o caminho a ser traçado passa basicamente pelo resgate conceitual internamente a textos do próprio Menelick de Carvalho Netto – uma leitura

imanente, pois: única quiçá apta ao esforço de montagem de um quadro que, de partida, aparenta rejeitar qualquer moldura.

2 – A história constitucional brasileira e o processo constituinte de 1987-1988

Bem compreendidas as objeções da crítica de matriz hegeliano-marxista à impotência do mero dever-ser abstrato, as expectativas normativas do constitucionalismo moderno não poderiam ser apresentadas à sociedade brasileira como que impostas de fora. O desafio que já de partida desponta para Menelick de Carvalho Netto reside neste ponto: como sustentar a esperança – e talvez não haja palavra melhor para isso nesse contexto – na "força normativa da Constituição" de 1988 entre nós se toda a nossa história teria sido até então uma história de fracassos constitucionais? Se nada houvesse nessa história que pudesse ser resgatado como índices de aprendizagem social ao longo do tempo, como "fragmentos já encarnados de uma 'razão existente'" (HABERMAS, 2008, p. 363), a alternativa que restaria seria precisamente apenas aquela depositada em expectativas normativas externas que se pudessem impor à realidade brasileira, e isso não seria mais do que apelar para a impotência do dever-ser – e, portanto, não seria em absoluto uma alternativa.

Se a tese do fracasso reiterado de nossa história constitucional vigorava, como ainda vigora[2], com força em suas múltiplas versões, a posição de Menelick de Carvalho Netto não era, e continua não sendo, a de um ufanismo ingênuo quanto ao que essa história[3] teria sido e continuaria sendo:

> A plena consciência de que mais de século e meio de uma história de excludência e privilégios tornam os

2 Conferir BARROSO; BARCELLOS, 2003; COMPARATO, 2007; NEVES, 2016; 2018; STRECK, 2014.

3 É interessante lembrar que a preocupação de Menelick de Carvalho Netto com questões ligadas à história constitucional brasileira é constante em sua obra pelo menos desde sua tese de doutoramento. Conferir NETTO, 1992.

> textos formais acolhidos e a nossa experiência de vida constitucional própria, na melhor das hipóteses, aspirações que somos incapazes de vivenciar socialmente, ou, na pior, expedientes que acobertam dos demais povos e de nós mesmos, elite privilegiada de um país de miseráveis, os valores inexternáveis ao nível do discurso da modernidade que efetivamente pautam o nosso viver em sociedade, forneceu o *pathos* que perpassa e conforma globalmente a Constituição da República de 1988. (CARVALHO NETTO, 1993, p. 1).

Em outras palavras,

> nesse país, falar de Constituição, de constitucionalismo ou de constitucionalidade nos remete muito mais, é claro, às ideais de constante alteração da Constituição, de excesso de medidas provisórias, de fraqueza institucional e inoperância do Legislativo e Judiciário, de abusos do Executivo, de apatia e descrença populares, enfim, de anomia acentuada do mais alto nível normativo de nosso ordenamento. (CARVALHO NETTO, 2001b, p. 43).

Todavia, se esse *pathos* de uma "dissintonia ou dissonância constitucional" (CARVALHO NETTO, 1999a, p. 9) não pode ser negado, reduzir toda a história constitucional brasileira a ele seria igualmente equivocado. Afinal, "as tradições de qualquer comunidade político-jurídica são sempre plurais, por mais autoritárias que possam ser as eventualmente vitoriosas ao longo de sua história" (CARVALHO NETTO, 1999a, p. 473). Logo, também a história brasileira conteria em seu seio tradições democráticas, comprometidas com os ideais do constitucionalismo moderno, tradições que, embora constantemente sufocadas por arroubos autoritários, estariam à disposição para um resgate que fincasse nelas a esperança – de novo essa palavra – de um futuro libertado das amarras do passado opressor. E um tal resgate teria acontecido de maneira intensa no contexto de luta contra o regime ditatorial instaurado em 1964.

No zênite desse resgate, estariam as lutas pelas eleições diretas e por uma nova Constituição. Derrotado o movimento Diretas Já, as atenções da sociedade civil organizada se teriam voltado predominantemente para a disputa por uma nova assembleia constituinte. Convocada esta, o próprio modo de sua

convocação já despertava desconfiança, e a criação de uma "comissão de notáveis" prenunciava uma vez mais o rapto da democracia pelo autoritarismo avesso à participação popular.

Se tudo isso, entretanto, poderia ser lido – de fato, foi e ainda é[4] – como elementos para mais um capítulo do longo drama de tropeços da democracia brasileira, a força daquelas tradições democráticas resgatadas de dentro da própria sociedade conseguiu alterar o curso pensado de cima para os eventos:

> A legitimidade da Constituição de 1988 veio de seu inusitado processo de elaboração. O Regimento Interno original do processo constituinte, que prefigurava segundo a prática até então adotada no país uma transição "pelo alto", terminou tendo que ser totalmente revisto. A "comissão de notáveis", que já havia elaborado uma proposta de Constituição, trabalhou inutilmente. O procedimento tradicional foi atropelado pela grande força popular já mobilizada no movimento das diretas já, e que diante da sua frustração decorrente da não aprovação da Emenda Dante de Oliveira e da morte do presidente eleito pelo Colégio Eleitoral como símbolo da transição para a democracia, Tancredo Neves, exigiu a formulação de um novo procedimento que se iniciou com a coleta de sugestões populares, ocasionando uma abertura e total democratização do processo constituinte. [...] A legitimidade da Constituição de 1988 advém do seu processo de elaboração democrático, aberto e participativo [...]. (CARVALHO NETTO, 2006, p. 25).

De dentro de uma história tensa, emergia uma Constituição inédita, tanto em sua forma de elaboração quanto, intrinsecamente ligado a essa forma democrática de elaboração, em seu conteúdo. As fagulhas de aprendizagem da sociedade brasileira no transcurso da história haviam conseguido reunir-se em um documento cuja capacidade de catalisar transformações profundas colocava-o, ao mesmo tempo, sob ameaça constante das velhas tradições avessas a qualquer mudança no trágico quadro social e econômico do país.

4 Para o debate sobre a legitimidade do processo constituinte de 1987-1988 e sobre seu caráter de ruptura ou não, conferir GOMES; CATTONI, 2016.

Assim, o problema da "dissonância constitucional" não seria mais o de "debilidade ou carência normativa": "não é um problema vinculado à carência de normas [...], essas já estão aí" (CARVALHO NETTO, 2002c, p. 51-52). Diferentemente, o problema estaria no risco de que aquelas tradições continuassem tendo

> livre curso na gramática das práticas sociais efetivas, impregnando de tradicionalismo arcaico a própria leitura das normas constitucionais formais que deveriam reger as novas práticas e promover a remoção das antigas. (CARVALHO NETTO, 1993, p. 5).

Colocada nesses termos a questão, a ênfase deveria deslocar-se da luta por uma nova Constituição para a luta pela defesa e pela efetivação daquela que havia ganhado corpo em 1988. Ou seja, era urgente o desenvolvimento de uma teoria da Constituição capaz de contribuir, por um lado, para a proteção da Constituição de 1988 em face dos ataques que sofria antes mesmo de sua promulgação[5] e, por outro lado, para a viabilização das condições dogmáticas de sua aplicação.

3 – Uma teoria da Constituição adequada à Constituição de 1988

Não é apenas quanto à história constitucional que a posição de Menelick de Carvalho Netto sempre se manteve resguardada de qualquer ingenuidade e de qualquer leitura demasiado otimista. Também diante das Constituições elas mesmas, essa posição de um certo ceticismo paradoxalmente engajado nunca hesitou em afirmar: "Já há muito sabemos que textos constitucionais por si sós nada ou muito pouco significam" (NETTO, 2006, p. 23):

> A Constituição canaliza e viabiliza a democracia, mas se se espera que ela, unicamente por suas normas, possa substituir, apenas a título de exemplo, o tratamento político dos problemas políticos e o cuidado econômico das questões econômicas por imperativos constitucionais cogentes que dispensem o jogo democrático e

5 Conferir, por exemplo, o célebre discurso do então presidente da República José Sarney (SARNEY, 2008).

> a condução concreta de políticas econômicas e sociais, terminar-se-á por pagar o preço do incremento da desestima constitucional a corroer toda a sua potencial força normativa e a gerar a ineficácia de suas normas, produzindo, na prática, efeitos opostos aos almejados. (CARVALHO NETTO, 2004a, p. 282).

Particularmente quanto à Constituição de 1988, seu "caráter nominal [...], para usar a categoria classificatória de Karl Loewenstein (1952; 1976), é patente" (CARVALHO NETTO, 2002c, p. 46). Contudo, se os textos constitucionais não bastam e permanece inarredável a possibilidade de que um documento jurídico-político como a Constituição de 1988, muito embora dotado de legitimidade, careça radicalmente de efetividade e se perca em uma perversa teia de apropriações simbólicas, até mesmo

> o uso retórico, simbólico do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito enseja contradições discursivas que podem e devem ser exploradas pelos comprometidos com a luta pela efetividade da Constituição. (CARVALHO NETTO, 2002c, p. 46).

Isto é, se Marcelo Neves – outro gigante do Direito Constitucional brasileiro – soube tão bem denunciar a hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da eficácia normativa da Constituição de 1988 (CARVALHO NEVES, 2016; 2018)[6], Menelick de Carvalho Netto não desconsidera essa faceta da dinâmica constitucional brasileira contemporânea, mas entende que a sobredimensionar e não reconhecer que ela convive em tensão com o esforço diuturno de assegurar força normativa àquela Constituição é um equívoco grave, de consequências mais graves ainda. No limite, a insistência no manuseio de categorias que apontam dicotomicamente para uma espécie de hiato entre a normatividade constitucional e a realidade constitucional pode contradizer o próprio intuito crítico desse manuseio, terminando por justificar aquilo que pretendia apenas descrever:

6 Para uma crítica detalhada à posição de Marcelo Neves, conferir GOMES, 2017.

> A oposição, ou melhor, o emprego dessas categorias analíticas simples e opostas, paradoxalmente, não servia apenas para descrever o fenômeno que se pretendia enfrentar, mas, na verdade, ainda que de modo inconsciente, terminava por justificar a distância, o hiato, que se pretendia combater (CARVALHO NETTO, 2002c, p. 47-48).

Por conseguinte, abordagens teóricas talhadas em torno dessas categorias mostrar-se-iam como "explicações intrinsecamente incapazes de oferecer qualquer saída para o problema que tematizam, a não ser a sua própria justificação e eternização" (CARVALHO NETTO, 1999b, p. 9).

Com isso, o projeto teórico-constitucional de Menelick de Carvalho Netto irá configurar-se desde sempre por três linhas principais de enfrentamento: como dito ao final da seção anterior, era preciso elaborar um *corpus* teórico capaz de resistir às tentativas de reapropriação conservadora da Constituição de 1988 e de dar a esta as ferramentas dogmáticas para sua efetivação; ao mesmo tempo, esse trabalho teórico precisava chamar atenção para o risco de um otimismo exagerado em torno da Constituição, para "excessos de expectativas nela depositadas" (CARVALHO NETTO, 2004a, p. 282), posto que, por si mesma, ela não representava já as mudanças que, justamente, ela propiciava no porvir do tempo desde que se tivessem condições de efetivá-la; finalmente, a adoção de uma crítica a esse otimismo cândido[7] não podia resultar na exacerbação unilateral das dificuldades de implementação do projeto de sociedade delineado em 1988, sob pena de acabar legitimando aquilo que se objetivava denunciar.

Desse tríplice balizamento emergiria – pegando-se a expressão de empréstimo a J. J. Gomes Canotilho (2001, p. 154-158) – uma teoria da Constituição adequada à Constituição de 1988, isto é, uma teoria da Constituição apta a fazer justiça à sua história, ao seu potencial e também às suas limitações. Tanto quanto

7 Tal otimismo regressou contemporaneamente, com mais força depois de 2013, sob a forma de um apelo quase-messiânico a uma nova assembleia constituinte ou a uma nova Constituição. Conferir, por exemplo, RIBAS, 2014.

a Constituição que toma como objeto preferencial de referência, essa teoria da Constituição é aberta, plural, algo dispersa, insaturada e insaturável. Seus elementos nucleares, porém, podem ser apontados, conforme anunciado ao final da introdução do presente texto. Se minha leitura estiver correta, esses elementos seriam: uma concepção de história constitucional em geral e da histórica constitucional brasileira em específico, nos termos da seção anterior; uma concepção sobre a modernidade, a sociedade moderna e o Estado moderno; uma concepção metateórica sobre ciência e sobre o estatuto epistemológico da própria teoria da Constituição; um conceito de Constituição e de constitucionalismo; uma concepção da relação entre tempo e Constituição; uma releitura dos conceitos de povo, de soberania popular e de democracia; uma concepção sobre a relação entre forma e conteúdo constitucionais que se exemplifica na crítica ao conceito de mutação constitucional e no trato do procedimento legislativo; uma concepção de interpretação e de aplicação do Direito; uma concepção sobre direitos fundamentais e sobre identidade constitucional; uma concepção de controle de constitucionalidade; uma concepção sobre a relação entre cidadania ativa, poder constituinte e desobediência civil. Nas seções que se seguem, procuro expor sucintamente cada um desses elementos e explicitar o modo como são alinhavados no projeto teórico-constitucional de Menelick de Carvalho Netto.

4 – Modernidade, sociedade moderna e Estado moderno

Se a segunda metade do século XX, particularmente suas últimas décadas, é inundada por um ataque feroz à modernidade – ataque que culminou muitas vezes na afirmação segundo a qual ela não seria mais do que um projeto fracassado e findo, cujo fim, aliás, deveria ser celebrado –, Menelick de Carvalho Netto não se alia a esse tom de uma crítica destrutiva. Para ele, a

> modernidade [...] continua a ser um projeto válido e em curso, sobretudo porque o grande desafio que hoje é chamada a enfrentar é o de não mais ser cega aos seus próprios limites. Mais moderna do que nunca, a reflexão em nossa época há que lidar com a irracionalidade da

> racionalidade, com o preconceito e o desconhecimento envolto na produção de qualquer conhecimento, com a exclusão que qualquer vitória inclusiva necessariamente significa. (CARVALHO NETTO, 2002a, p. 9-10).

Assumir a crítica à modernidade de dentro da própria modernidade, não a recusando *in totum* e valendo-se dos parâmetros que ela mesma fornecia para acusar seus equívocos, não deixa de parecer um procedimento circular. Entretanto, essa circularidade não desabona a crítica que procede por meio dela na medida em que corresponde à lógica interna do próprio objeto criticado. Ou seja, não se trata só de uma modernidade que oferece os critérios de sua própria crítica, mas também de uma modernidade que, tendo de fundar-se circular e paradoxalmente sobre si mesma[8], não vê como adequada senão uma crítica que, também sem critérios metafísicos de apoio, precisa guiar-se circularmente.

Sendo essa a definição de modernidade, e também o delineamento do tipo de crítica que faz jus a essa modernidade, não pode ser diferente a configuração da sociedade humana a ela correlata:

> indaguemos e investiguemos com Rafaelle De Giorgi, onde reside a modernidade da sociedade moderna. A circularidade e a paradoxalidade são as características estruturais dessa sociedade sem fundamentos, ou seja, que não tem e não pode ter à sua disposição fundamentos diretamente naturais, ou melhor, absolutos, inquestionáveis, integrantes de um único e mesmo amálgama de direito, política, moral e religião. (CARVALHO NETTO, 2002b, p. XII).

Nessa sociedade

> que só se reproduz produzindo mudança, incorporando riscos –, permanente é apenas o que é mutável, o que é capaz de receber novos sentidos nos novos contextos incessantemente produzidos, dando-nos a certeza de

8 Sobre esse ponto, conferir a longa argumentação de Jürgen Habermas em HABERMAS, 1987.

> que permanece inalterado. (CARVALHO NETTO, 2011b, p. 42).

Tendo de lidar com as promessas que ergueu para si e ainda não cumpriu, com os desafios mesmos que exsurgem tanto mais quanto mais tenta cumpri-las, contendo em si os parâmetros que erigiu e que agora podem condená-la, tal sociedade mantém-se incessantemente, "portanto, insatisfeita consigo mesma" (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 143). Sem dificuldades, vislumbra-se a complexidade intensa que a caracteriza. E circularidade, paradoxalidade e complexidade são exatamente os traços que mais bem a definem.

Com esses traços definidores, essa sociedade não pode ser subsumida integralmente num Estado que totalizaria em si a unidade reconciliada de interesses sociais conflitantes, como se, em face desses interesses – privados por definição –, apenas ele, Estado, representasse a dimensão pública da vida. Por mais que ele possa ocupar um posto de centralidade nessa dimensão pública, ele é só o centro de uma esfera pública muito mais ampla, constituída pela infinidade de grupos e organizações que integram a sociedade como sociedade civil. A atuação desses grupos e organizações, pressionando uma administração pública tendencialmente encastelada no Estado, é o que pode e deve impedir uma restrição da dimensão pública à dimensão estatal, restrição que culminaria na inversão entre público e privado, transformando os assuntos públicos em um objeto paradoxalmente privatizado pelos ocupantes do Estado. Afinal, o "interesse público é o de todos os afetados pelo exercício do poder e não, necessariamente, o de uma determinada administração" (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 156). Daí a imprescindibilidade de uma relação entre Estado moderno e sociedade moderna na qual esta mantenha aquele sob um controle permanente, único modo de assegurar a estabilização adequada da tensão entre público e privado (CARVALHO NETTO, 2001c, p. 18):

> Podemos ver hoje que, muito embora o Estado seja o centro da esfera pública, ele tende a ser privatizado por seus eventuais ocupantes; por isso mesmo a adoção de mecanismos constitucionais que viabilizem à periferia

> da esfera pública – a sociedade civil organizada – o controle permanente sobre esse centro tornou-se imprescindível. (CARVALHO NETTO, 2010, p. XIV).

5 – Ciência, epistemologia e teoria da Constituição

Esse "turbilhão incessante da vida e das formas de vida que marcam nossa leitura do mundo" (CARVALHO NETTO, 2001c, p. 20) na sociedade moderna afetaria também a ciência. A pretensão moderna de tomar o conhecimento científico como o único conhecimento válido e, mais do que isso, de compreendê-lo como um conhecimento de verdades inabaláveis seria um daqueles pontos de cegueira da modernidade perante o qual a complexidade que ela mesma desvela convidaria a uma posição questionadora: "Hoje, sabemos que um saber só pode ser qualificado de científico se ele se sabe limitado, precário, refutável" (CARVALHO NETTO, 2002a, p. 10).

Consequentemente, o valor posicional dos processos de formação da verdade e o estatuto epistemológico da verdade alteram-se. O paradigma em que se encontra embebida a ciência contemporaneamente revela-se duplamente: por um lado, revela-se como paradigma, como conjunto inarredável de pressuposições de fundo que conformam a prática de toda ciência, condicionando tanto as respostas que ela é capaz de dar quanto as perguntas que, em seu colo, podem ser feitas e, com isso, eliminando qualquer pretensão relativa a um suposto caráter a-histórico e absoluto do saber científico; por outro lado, revela-se como um paradigma específico, cujas pressuposições de fundo específicas são informadas pela tônica da complexidade, da circularidade e da paradoxalidade características da sociedade moderna – o que, como consequência e novamente de forma circular, é justamente o que torna reflexiva para a prática científica a própria condição paradigmática da qual não se pode livrar.

Se a ciência como um todo se afeta pelas cores algo diaspóricas da modernidade, a ciência do Direito, o Direito como ciência, não permaneceria imune:

> A profunda revisão doutrinária que tem conduzido, de modo crescente e de par com as marcantes alterações ocorridas nas duas ou três últimas décadas em todos os âmbitos da vida humana – resultantes da nova estrutura societária pluralista e hipercomplexa das denominadas sociedades pós-industriais, da crítica aos excessos da razão iluminista acolhida pela modernidade no âmago do próprio conceito de ciência, do advento de novas tecnologias e saberes, da exigência de se rever a relação puramente predatória com a natureza, do advento dos direitos de 3ª geração e do fracasso do modelo do Estado Social –, à constituição desse novo paradigma, possibilita e exige a recunhagem do próprio estatuto da Ciência ou Teoria Geral do Direito, redefine e amplia suas fronteiras, seus conceitos básicos e seu próprio papel, bem como o papel, as tarefas e a responsabilidade do profissional do Direito, sobretudo, do Judiciário em sua relação cotidiana com a efetividade dos ideais constitucionais como implementação, concretização e efetivação da Justiça e da cidadania. (CARVALHO NETTO, 1997).

E, como campo específico do Direito, a teoria da Constituição não estaria em situação diferente: "O grau de complexidade que a doutrina constitucional passa a ter de incorporar para responder aos novos desafios é imenso" (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 150).

Problematizar suas próprias bases esteve na pauta da teoria da Constituição desde seus primórdios, na década de 1920 (CATTONI, 2012, p. 27-52). Não seria exagero dizer que ela veio sendo ao longo das décadas um campo teórico que destina boa parte de seus esforços a refletir sobre a maneira adequada de fazer-se como teoria[9]. Mas a pressão nesse sentido jamais foi tão forte quanto no contexto paradigmático presente. Nele, mais do que nunca, ganha relevo a necessidade de que se mantenha ativo o caráter problematizante, zetético, da teoria da Constituição, como "reflexão de terceiro nível sobre o Direito Constitucional", como uma espécie de "filosofia da ciência do Direito Constitucional" (CARVALHO NETTO, 2001b, p. 41).

9 Conferir, por exemplo, o debate no contexto da República de Weimar (JACOBSON; SCHLINK; 2000) e a posição de K. Loewenstein (1952; 1976). Mais recentemente e no cenário teórico brasileiro, conferir CATTONI, 2017 e GOMES, 2019.

Essa teoria, porém, não devendo ceder aos excessos da modernidade, não pode perder-se numa má abstração, desancorando seu processo autorreflexivo das Constituições e das sociedades regidas pelas Constituições que ela, a teoria, tem por objeto mais imediato. Diferentemente, ela precisa sustentar-se como "uma teoria que, em primeiro lugar, como é da tradição da própria disciplina, trabalha com a noção de que o constitucionalismo se faz em concreto e depende da vida, da cultura, da tradição" (CARVALHO NETTO, 2001c, p. 18). Isso significa que de nada ou de muito pouco adiantaria a discussão acima sobre a modernidade, seu acento próprio, e o impacto deste sobre a sociedade e sobre sua relação com o Estado, sobre a ciência em geral, a ciência do Direito em específico e a teoria da Constituição, se a sociedade brasileira não fosse também ela uma sociedade moderna, atravessada pelas contradições dessa modernidade, e regida por uma Constituição – para não perder de vista a circularidade e a paradoxalidade das fundamentações – contemporânea a seu próprio tempo. Assim, é porque também na Constituição de 1988 se podem ver os sintomas da complexidade, da circularidade e da paradoxalidade que o projeto teórico-constitucional de Menelick de Carvalho Netto pode articular internamente as noções de modernidade, sociedade moderna e ciência moderna para lhe dar base. Mais uma vez, a senha que decifra esse projeto é a exigência de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada.

6 – Constituição e constitucionalismo

Sempre às voltas com o desafio de uma fundamentação que não pode recorrer a uma transcendência senão imanente, a tarefa de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada tem seu resseguro no encontro com uma Constituição ela mesma adequada à sociedade que rege, coetânea à sua própria época. Mas o que seria essa Constituição? O que seria a Constituição de uma sociedade moderna? Poderia ela ser reduzida à empiria da forma concreta de existência política de um povo? Seria mais bem representada por um documento formal sucinto que estabelece o delineamento geral da liberdade privada e das

limitações ao poder público? Ou teria sua melhor imagem num texto que anuncia um projeto substantivo de sociedade a ser realizado por um Estado lido como um quase-demiurgo? Para Menelick de Carvalho Netto, essas definições permanecem todas aquém da modernidade e da sociedade moderna. Para estar à altura desta, com sua complexidade que só faz incrementar-se, com a pluralidade de formas de vida, de autocompreensões identitárias individuais e coletivas, de pretensões morais, e tudo isso em tensão constante com uma estrutura econômica de fundo extremamente desigual, o conceito de Constituição precisa assumir uma figura principiológica:

> Uma Constituição constitui uma comunidade de princípios; uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como iguais em suas diferenças e livres no igual respeito e consideração que devotam a si próprios enquanto titulares dessas diferenças. (CARVALHO NETTO, 2006, p. 23).

Voltarei a esse conceito de Constituição, de inspiração claramente dworkiniana e habermasiana, na próxima seção, ao abordar a relação entre Constituição e tempo. Por ora, cabe enfatizar como é em torno dessa definição de Constituição que se desdobra o conceito correlato de constitucionalismo. Este

> se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente a exigência idealizante que inaugura a modernidade [...]: a crença de que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais co-autores das leis que regem o seu viver em comum. (CARVALHO NETTO, 2001b, p. 42).

Muito mais do que se resumir a "uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*" (CANOTILHO, 2003, p. 51, destaques do original), o

> constitucionalismo, ao lançar na história a afirmação implausível de que somos e devemos ser uma comunidade de homens, mulheres e crianças livres e iguais, lançou uma tensão constitutiva à sociedade moderna que sempre conduzirá à luta por novas inclusões, pois toda inclusão é também uma nova exclusão. E os direitos fundamentais só poderão continuar como tais se a própria

> Constituição, como a nossa expressamente afirma no § 2º do seu art. 5º, se apresentar como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais. (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 154).

Compreendido desse modo, ele permite que se fale não só de uma teoria da Constituição constitucionalmente adequada, mas, mais incisivamente, de uma teoria da Constituição adequada ao constitucionalismo (CARVALHO NETTO, 2001b). No entanto, se a teoria da Constituição não se pode desarraigar do contexto social em que se insere, das formas de vida concretas que estão na base de sociabilidade da sociedade regida por uma determinada Constituição sobre a qual ela pretende teorizar, aludir a uma adequação ao constitucionalismo poderia soar como mera abstração impotente diante de tradições políticas e sociais avessas a um constitucionalismo definido em termos tão densos e exigentes – tradições políticas e sociais que acabam apropriando-se de Constituições como meras fachadas para o exercício arbitrário de poder, Constituições as quais, por isso mesmo, foram chamadas por K. Loewenstein (1952; 1976) de semânticas e por M. Neves (2016) de instrumentais. Para o projeto teórico-constitucional de Menelick de Carvalho Netto, contudo, esse problema não se coloca: uma vez afirmado, desde o início, que a Constituição de 1988 apresenta-se como uma Constituição moderna que é expressão do constitucionalismo moderno, uma teoria da Constituição adequada a essa Constituição pode entender-se perfeitamente como uma teoria da Constituição adequada ao constitucionalismo.

7 – Tempo e Constituição

Falar, como fiz acima, de uma Constituição contemporânea a seu tempo, coetânea à sua época, não deixa de soar algo estranho. Em construções frasais como essas, antecipa-se já o tom tenso da relação entre Constituição e temporalidade. Essa tensão, todavia, dá-se a ver melhor na interação entre uma Constituição e a sociedade por ela regida no transcurso da história.

A definição de Constituição como uma comunidade de princípios formada por pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais em suas diferenças não cessa de atrair críticas quanto a um suposto deslocamento do mundo real e uma consequente ingenuidade diante da crueldade das relações sociais efetivas. Tanto quanto em relação à história constitucional e à potencialidade mesma das Constituições, também aqui essa acusação de candura não se sustenta.

Uma Constituição moderna não é uma simples descrição das relações sociais já postas – como era, por exemplo, a Constituição mista medieval (FIORAVANTI, 2001, p. 37-38). Não é nem pode sê-lo, e isso, dentre outras coisas, porque uma das diferenças fundamentais entre a modernidade e as épocas históricas que lhe antecedem reside nas distintas noções de temporalidade que conformam as práticas sociais respectivas. A assimetria entre passado e futuro, entre espaço de experiência e horizonte de expectativa (KOSELLECK, 2006, p. 305-327), desmantela nos tempos modernos a temporalidade cíclica que até ali se fizera ativa. Aos poucos, consolida-se a imagem de uma temporalidade como flecha do tempo, isto é, um arranjo linear em que passado, presente e futuro diferenciam-se uns dos outros (KOSELLECK, 2006). Nesse arranjo, por mais que o futuro ora pareça aproximar-se mais, ora distanciar-se mais do presente, ele sempre carrega consigo um índice de ineditismo esperado. Se, nos limites de um tempo cíclico, do futuro não se espera muito mais do que uma repetição em grau elevado das experiências do passado, o futuro de um tempo pensado linearmente não encontra, por definição, limites: mantém-se aberto, e nessa abertura funda uma nova forma de legitimidade tanto para o Direito quanto para a política.

Internamente contaminada por esse tempo linearizado, as Constituições modernas não podem limitar-se a descrever o que já são as relações sociais postas, mas contêm sempre uma dimensão de como essas relações deveriam vir a ser. Mais do que a descrição do passado e do presente, sua legitimidade desloca-se para sua abertura ao futuro (2001). Com isso, no momento em que surge uma nova Constituição há nela uma mescla de

elementos descritivos e normativos, elementos que seguem em tensão no decurso de sua história: se, por um lado, uma Constituição moderna nunca emerge plenamente eficaz justamente por essa tensão entre elementos descritivos e normativos – entre facticidade e validade, para valer-se de categorias consagradas por J. Habermas (2008) –, por outro lado ela se oferece à sociedade por ela constituída como uma instância de mediação para a autorreflexão no devir temporal. Nela, essa sociedade pode como que se ver no reflexo da imagem que ela mesma – a sociedade – pretendeu para si e, diante desse reflexo, avaliar criticamente a si mesma.

Logo, definir uma Constituição moderna como uma comunidade de princípios formada por pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais em sua diferença não significa afirmar que as sociedades regidas por Constituições modernas sejam já sociedades de liberdade e igualdade. Ao contrário, significa afirmar que perante sociedades altamente desiguais e não suficientemente livres, mas que se erigem como sociedades constitucionalmente constituídas, uma Constituição moderna apresenta-se como um ponto de apoio que rememora o projeto de uma associação livre e igualitária e que, ao fazê-lo, alicerça a plataforma de crítica contra as mazelas que a empiria social ainda revela.

É por essa razão que Menelick de Carvalho Netto pode dizer, fazendo suas as palavras de L. Tribe: "a Constituição é [...], para mim, uma estrutura procedimental de aprendizado a longo prazo" (TRIBE *apud* NETTO, 2002c, p. 61).

Conceber a relação entre Constituição e tempo como uma relação a partir da qual se pode falar de um processo de aprendizagem social ao longo da história, porém, abre caminho para dois importantes conjuntos de problemas: a relação entre Constituição, povo, soberania e democracia e a relação entre forma e conteúdo constitucionais.

8 – Constituição, povo, soberania e democracia

Já no nascedouro do constitucionalismo moderno, Constituição e democracia foram pensadas como contrapostas (CARVALHO NETTO, 2001b, p. 45). Enquanto esta representava a autodeterminação popular e, como tal, não poderia encontrar limites externos, aquela era expressão de uma limitação que se impunha ao exercício político cotidiano da autonomia do povo. Revolucionários tanto dos Estados Unidos da América quanto da França digladiavam-se em face das aporias que daí derivavam (ARENDT, 1988; FIORAVANTI, 2001). Passados mais de dois séculos, não é senão recentemente que, ao menos de um ponto de vista conceitual, veio a lume com mais vigor a noção de que a relação entre Constituição e democracia não é uma relação de oposição, mas, ao invés disso, uma relação de pressuposição recíproca: "A relação complementar e reciprocamente constitutiva que entre si guardam a constituição e a democracia especifica, assim, ambos os conceitos" (CARVALHO NETTO, 2009, p. 409).

Mas o esclarecimento conceitual dessa relação interna não se faz possível sem uma releitura de outros dois conceitos: povo e soberania. Povo é uma "palavra gorda" (CARVALHO NETTO, 2001b, p. 46), um conceito desses que, sem definição mais estrita, está sujeito a manipulações de todo tipo, sobretudo quando pensado como totalidade orgânica apta a legitimar sem mediações o conteúdo, qualquer que seja ele, da política: "o povo como legitimação, esse povo compacto, esse povo em bloco, pode prestar-se a usos retóricos bastante perigosos" (CARVALHO NETTO, 2001a, p. 219). Entretanto, na medida em que ao mesmo tempo não pode haver democracia nem constitucionalismo modernos sem alusão ao conceito de povo, convive com a democracia e com o constitucionalismo a "necessidade da recorrente revisão da própria ideia de povo", para que ela "não possa ser uma ideia total ou totalizante" (CARVALHO NETTO, 2001b, 47). Consequentemente, se a "palavra povo foi a mais abusada na história institucional do último século" (CARVALHO NETTO, 2006, p. 23), ela pode ser hoje repensada inclusive à luz das aprendizagens propiciadas por esses abusos.

Repensado nesse sentido, povo não pode mais referir-se a um todo homogêneo que existe *a priori* e conforma de fora a sociedade política que lhe corresponde a partir de uma língua, um território, uma cultura e uma história comuns. Essas pretensões substantivas de homogeneidade étnica e ética não sobrevivem a qualquer reconstrução histórica mais honesta: toda ideia de homogeneidade de um povo foi sempre cunhada com finalidades políticas e jamais deixou de sufocar divergências profundas internamente a esse falso todo homogêneo. Povo nunca é algo já dado: sempre é apenas "o resultado do processo de deliberação sobre quem somos e como vivemos" (CARVALHO NETTO, 2006, p. 23). Em outras palavras, povo "é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras" (CARVALHO NETTO, 2006, p. 24).

Lido dessa maneira o conceito de povo, ocorre um redirecionamento do foco de sua referência objetiva, que passa da massa encarnada que representa a si mesma – o que, por definição, é impossível como totalidade – para procedimentos que asseguram a não interrupção desse fluxo comunicativo por meio do qual um povo define-se e redefine-se no curso do tempo. Como consequência, se o povo como titular do poder constituinte originário é quem elabora uma Constituição, é esta que, institucionalizando tais procedimentos, garante a esse povo a condição de possibilidade de sua existência continuada. Portanto, a relação entre povo e Constituição não é a simples relação de um criador com sua criatura: essa relação é muito mais tensa, e nela ambos – povo e Constituição – constituem-se reciprocamente. Logo, romper com a Constituição, desfazê-la e fazer uma nova, não é uma opção que esteja disponível a um povo aos moldes de um sujeito que se desfaz de um objeto que não quer mais para adquirir outro que melhor lhe sirva.

Nessa conceituação de povo, podem-se entrever as mudanças correlatas que impactam o conceito de soberania. Ela não mais pode ser tomada como substância que se assenta em órgãos destinados a representar a unidade do Estado: em "uma sociedade plural, aberta, democrática e inclusiva a soberania

não mais pode ser reduzida à dimensão estatal" (CARVALHO NETTO, 2010, p. XIV). Ou seja, "a soberania popular não mais se concentra em um coletivo, ou na presença fisicamente tangível dos cidadãos unidos ou em seus representantes reunidos, mas só se efetiva na circulação de deliberações e decisões racionalmente estruturadas" (CARVALHO NETTO, 1994, p. 89). Também ela se vê, pois, pulverizada na infinitude de fluxos de comunicação nos quais o povo soberano se faz e refaz como tal. Por conseguinte, também ela se entrelaça numa relação de dependência interna com procedimentos que, na modernidade, não se institucionalizam senão pela Constituição.

Novamente, o caráter circular da argumentação aparece: democracia é, por excelência, o autogoverno do povo; esse povo que se autogoverna é um povo soberano; como povo soberano, ele dá a si uma Constituição; mas é essa Constituição que, ao institucionalizar procedimentos que viabilizam a circulação comunicativa contínua entre cidadãs e cidadãos, garante a condição de existência do povo como povo, da soberania como soberania e do povo soberano como povo soberano. A conclusão amarra as pontas: na modernidade, democracia e Constituição não se opõem, mas se alimentam reciprocamente, numa conexão interna que não pode ser desfeita sem que ambas se desfigurem. E é por isso que uma Constituição catalisa processos de aprendizagem social ao longo do tempo.

9 – Forma e conteúdo constitucionais e procedimento legislativo

Se a Constituição perdura no tempo, ao passo que a sociedade moderna vive em permanente mudança, é de esperar-se que surjam problemas na medida em que novas situações se coloquem perante textos normativos que, quando foram escritos, o foram em contextos sociais bastante distintos.

O constitucionalismo do século XIX apegava-se radicalmente à forma constitucional, isto é, à supralegalidade das normas gerais e abstratas em sua pretensa literariedade textual. A passagem ao constitucionalismo social e o novo tipo de Constituições

que lhe correspondia fez aumentarem os casos em que a letra do texto constitucional parecia não dar conta de oferecer resposta satisfatória a questões supervenientes. O conceito de mutação constitucional[10] ofereceu-se em certo sentido para tentar lidar com esse novo quadro. Mas, ao fazê-lo, sempre flertou com os riscos do abandono da forma constitucional: a preocupação com a efetivação da Constituição em casos concretos, com a realização aqui e agora daquilo que parece ser seu conteúdo intencional, muitas vezes conduziu ao esquecimento de que a formalidade constitucional é, em si mesma, uma garantia contra abusos – mesmo quando esses abusos são perpetrados com as melhores das intenções. Ou seja, ao esquecimento de que a distinção entre forma e conteúdo não é estanque, pois "'*meras*' formas e '*meros*' trâmites têm o seu fundamento mais profundo nos objetivos e nas funções materiais/formais do ordenamento jurídico e da Constituição" (CARVALHO NETTO, 2002c, p. 50).

A iluminação das formas constitucionais pelos objetivos e funções inscritos no ordenamento jurídico e na Constituição desempenha um duplo papel: por um lado, resgata esse sentido profundo segundo o qual formas, trâmites e procedimentos são também – por serem garantias contra arbitrariedades – garantias nitidamente de conteúdo; por outro lado, afasta a possibilidade de um apego fetichista às formas em si mesmas, exatamente porque elas somente encontram seu sentido à luz daqueles objetivos e funções.

É uma compreensão como essa que subjaz à tese de Menelick de Carvalho Netto, com a qual se doutorou, sobre o procedimento legislativo e sobre a sanção nesse procedimento (CARVALHO NETTO, 1992). O procedimento legislativo possui uma centralidade inafastável na tarefa de desdobrar uma Constituição no tempo, consistindo num elemento indispensável para o processo de aprendizagem social que em torno dela se desenrola. Como corolário dessa centralidade, ele não pode ser simplesmente desrespeitado em sua formalidade própria, nas exigências formais que o acompanham; mas essa formalidade não

10 Sobre esse conceito e sua crítica, conferir QUINAUD PEDRON, 2012.

se justifica em si, de modo que fosse possível instrumentalizá-la contra o exercício da soberania popular mediada pelas instâncias da representação política.

Um exemplo elucidativo quanto a isso vem do problema da sanção aposta pelo chefe do Poder Executivo a projeto de lei que – embora tratando de assunto cuja iniciativa legislativa compete ao Poder Executivo – tenha tido sua tramitação iniciada por outro poder ou órgão. Menelick de Carvalho Netto não tem dúvida: a sanção sana o vício de iniciativa – como afirma a velha súmula 5 do STF, já há algum tempo abandonada pela jurisprudência do próprio tribunal[11]. Do contrário, seria possível ao Poder Executivo esconder-se por detrás das formas constitucionais para, com elas e contra elas, manipular o exercício da autonomia política, sancionando projetos que ele mesmo viria a questionar em seguinda como inconstitucionais para furtar-se ao cumprimento daquilo que, exatamente por sua sanção, havia alcançado a condição de lei (CARVALHO NETTO, 1992).

Com os equívocos que acompanham a história do uso do conceito de mutação constitucional (CARVALHO NETTO, 2002b) e com os dilemas em torno das limitações formais consagradas no processo legislativo, revela-se o erro de fundo, mais grave, da separação abrupta entre forma e conteúdo constitucionais, bem como o tom de desafio que assume o imperativo de manter-se uma tensão constitutiva entre uma e outro no tempo (CARVALHO NETTO, 2011b, p. 37-38). Mais do que a qualquer outro campo, esse desafio dirige-se à hermenêutica jurídica.

10 – Interpretação e aplicação do Direito

O surgimento de um texto normativo não marca o fim dos problemas relativos à matéria que tal texto regula. Ao contrário, como costuma insistir Menelick de Carvalho Netto, esse surgimento marca o início, ou no mínimo um recomeço, de toda problematização. Afinal, pelo menos desde meados do século XX,

11 Por exemplo, na ADI 1197, de relatoria do ministro Celso de Mello.

sabe-se que o Direito, talhado em linguagem humana, é poroso, aberto, inelutavelmente polissêmico. Mas o ganho que a história trouxe consigo, e que se cristaliza nas pressuposições paradigmáticas de hoje, é que o olhar contemporâneo para esse aspecto do Direito pode não ser um olhar de desespero – desespero por vezes tão grande que levou a tentativas as mais diversas, todas elas frustradas, de eliminar essa indeterminação do campo jurídico. Nas condições presentes, a "tessitura aberta do direito não é mais um problema, mas um ponto de partida" (CARVALHO NETTO, 2001c, p. 11).

De quê e para quê seria esse ponto de partida? Para o difícil caminho de compatibilização entre uma norma que se estrutura em uma linguagem pretensamente universal e um caso que é inevitavelmente singular. Esse difícil caminho nada mais é do que a maneira pela qual se manifesta no cotidiano da aplicação do direito a relação tensa entre forma e conteúdo: como dar sentido concreto, como atribuir substância, a um dever jurídico que vem prescrito em termos gerais e abstratos, mas que só pode adquirir conteúdo exatamente diante de um caso que é único e irrepetível[12]?

O positivismo jurídico, em suas versões mais sofisticadas, tanto na tradição anglo-americana quanto na tradição germânica, havia, diante dessa dificuldade, renunciado implicitamente à separação de poderes, reconhecido como inevitável a discricionariedade da adjudicação, feito confundirem-se os momentos da elaboração legislativa e da aplicação do Direito e, com tudo isso, implodido a própria ideia de legalidade como uma pedra fundamental das democracias constitucionais.

Para lidar com as insuficiências do positivismo jurídico, Menelick de Carvalho Netto recorre precipuamente à distinção entre regras e princípios, à distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio e à distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação.

12 Quando menos, porque as partes envolvidas não estão envolvidas naquela mesma situação jurídica em nenhum outro caso de natureza jurídica.

Aceitando a acusação formulada – mais diretamente a H. Hart – por R. Dworkin (DWORKIN, 1977, p. 14-45), no positivismo jurídico prevaleceria uma concepção segundo a qual o Direito seria um sistema fechado de regras. Regras seriam normas que, entendidas inicialmente ao modo do tudo ou nada, "pretendem regular com alto grau de determinação suas situações de aplicação" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 59). Com isso, a indeterminação estrutural e a abertura hermenêutica inarredáveis de ordenamentos jurídicos complexos, "a dimensão central de qualquer ordenamento jurídico pós-convencional" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 59), seriam como que deslocadas para fora do Direito, ficando este à mercê de decisões que paradoxalmente reivindicam como juridicamente legítimas razões extrajurídicas. A essa concepção deveria ser oposta uma outra, nos termos da qual o Direito compreende um conjunto de normas que se dividem, em linhas gerais, entre regras e princípios:

> Princípios são normas abertas e que não buscam controlar previamente sua própria aplicação. [...] conquanto sejam abertos e indeterminados, são, porém, passíveis de serem densificados nas situações concretas de aplicação segundo a sua adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso em tela, em termos de sua capacidade de regência, sem produzir resíduos de injustiça, em face dos demais princípios. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 63-64).

Com o reconhecimento da normatividade jurídica dos princípios, o recurso a razões externas ao Direito para a tomada de decisões jurídicas torna-se, a um só tempo, desnecessário e ilegítimo. É dentro mesmo do Direito que a fundamentação das decisões jurídicas pode e precisa encontrar sua sustentação.

Isso não se confunde, no entanto, com qualquer tipo de afirmação de uma autossuficiência da suposta literariedade dos textos legais. Se essa era uma crença que jazia à base de boa parte dos equívocos do positivismo jurídico anterior a H. Kelsen e a H. Hart, repeti-la significaria permanecer aquém inclusive dos inegáveis ganhos teóricos que as formulações de ambos os autores legaram à teoria do Direito. Afirmar o caráter interno e

jurídico de normas com características principiológicas remete, assim, a uma profunda compreensão hermenêutica do Direito: nele, suas normas mais imediatas e visíveis revelam tanto regras explícitas quanto princípios que, por seu turno, tornam essas normas elas mesmas mais imediatas e visíveis. Esses princípios desdobram-se imanentemente da leitura do Direito (seus textos legislativos, mas também suas decisões judiciais, e ainda atos normativos do Poder Executivo) e, reflexiva e circularmente, mostram esse Direito à sua melhor luz para além de seus meros textos explícitos, assegurando que ele, sem se tornar engessado, também não precise abrir mão de sua autorreferência para lidar com casos novos, que tais textos explícitos não puderam prever.

O lugar que estruturalmente esses princípios ocupam no Direito torna-se mais claro com a distinção, também de inspiração dworkiniana (DWORKIN, 1977; 1986), entre argumentos de política e argumentos de princípio. Aqueles diriam respeito a pretensões majoritárias, à "argumentação teleológica e pragmática de políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 58); estes, diferentemente, estariam referidos aos "*conteúdos* morais dos direitos fundamentais" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 58, destaques do original), oferecendo-se como trunfos contramajoritários para a proteção dos indivíduos.

Por fim, a diferenciação entre discursos de justificação e discursos de aplicação completa o quadro. Formulada por K. Günther (2004) e apropriada por J. Habermas (2008, p. 263-309), ela coloca no momento da elaboração legislativa a possibilidade de entrada no Direito de argumentos de cunho ético, pragmático e moral. Ou seja, os discursos de justificação que se constroem para procurar fundamentar a entrada de certo conteúdo no ordenamento jurídico por meio de sua transcrição para uma norma geral e abstrata são discursos em que ora predomina a lógica deontológica da moral, ora predominam as lógicas axiológica ou teleológica de questões éticas ou pragmáticas. Por outro lado, no momento judicial de aplicação de normas gerais e abstratas a casos concretos essa abertura argumentativa não se repetiria:

aqui, apenas argumentos jurídicos – e, como tais, deontológicos – seriam válidos (HABERMAS, 2008, p. 199-262).

Enquanto a concepção positivista compreende os aplicadores do Direito, mais especificamente os juízes, atuando "como *legisladores delegados* (...), então toda a gama de argumentos de política está à sua disposição" (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 57, destaques do original). Quando a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação é traçada, isso não se faz mais legitimamente possível:

> É o Legislativo, assim, a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas, a serem incorporados no discurso judicial de forma seletiva e condicionada, dado o papel de *firewall* atribuído aos direitos fundamentais, com sua linguagem deontológica, no ordenamento jurídico. (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 58).

Em uma síntese apertada, os trabalhos internos ao Poder Legislativo em um Estado Democrático de Direito visam a desdobrar no tempo as normas de uma Constituição que submete a si o ordenamento jurídico como um todo. Nessa tarefa, a elaboração das novas normas gerais e abstratas que adentrarão esse ordenamento precisa justificar essas normas e, para tanto, pode lidar com argumentos éticos e pragmáticos tanto quanto com argumentos morais – com argumentos, pois, que podem seguir uma lógica deontológica, mas também podem vir construídos em uma lógica axiológica ou em uma lógica teleológica. Isso é possível porque a elaboração legislativa e a justificação normativa a ela correspondente ainda se encontram retroalimentadas fortemente pela legitimação democrática advinda de processos político-eleitorais. Quando se trata de aplicar aquelas normas – justificadas, em seu vir a existir como normas jurídicas, com recurso a uma gama ampla de argumentos possíveis – a casos singulares, o escopo da argumentação é restringido, pois agora o agente institucional principal é um Poder Judiciário que carece daquela mesma legitimação democrática.

Os discursos de aplicação normativa, portanto, não poderiam buscar abrigo em considerações políticas, fossem elas de ordem ética ou pragmática. Argumentos com esse jaez poderiam estar presentes, como de fato frequentemente estão, mas apenas como argumentos já traduzidos para a condição de argumentos jurídicos – isto é, somente se estivessem eles mesmos previstos legalmente, não bastando para sua utilização a convicção ética ou o juízo pragmático da pessoa responsável pela aplicação da norma. Nesses casos, porém, esses argumentos éticos ou pragmáticos – argumentos de política – já traduzidos juridicamente receberiam sempre um valor posicional secundário perante argumentos de princípio.

Tais princípios, por fim, não se encontram necessariamente escritos em um lugar qualquer do ordenamento, como se pudessem ser reunidos numa grande lista que, uma vez mais, fecharia o todo do Direito e daria uma certeza plena sobre o que é esse todo (DWORKIN, 1977, p. 14-45). Ao invés disso, eles se desdobram imanentemente ao Direito, oferecendo, concomitantemente, uma visada desse Direito lido à sua melhor luz. Numa circularidade constante, são novos fatos, novos casos, que vão permitindo um desdobrar-se de princípios que, até ali, permaneceram não identificados e que, a partir de então, diante de um caso específico que ainda não se havia apresentado, se revelam com todo seu esplendor como algo que desde antes estivera presente no ordenamento. Uma vez identificados, eles mostram o Direito do qual emergem, e no qual desde antes já se encontram inscritos, a uma nova luz, mais apta a lidar com o caso que exsurgiu ineditamente.

É desse modo que a interpretação e a aplicação do Direito pensadas numa chave pós-positivista conseguiriam lidar com a tensão entre forma e conteúdo constitucionais no transcurso do tempo. Dentre todos os temas do Direito constitucional, certamente é em face dos direitos fundamentais que a complexidade desse empreendimento hermenêutico é mais facilmente apreensível.

11 – Direitos fundamentais e identidade constitucional

Todavia, não é apenas à questão da interpretação e da aplicação do Direito que o tema dos direitos fundamentais se relaciona. Insistindo sempre na imagem de uma argumentação circular e algo paradoxal, a concepção de direitos fundamentais de Menelick de Carvalho Netto é iluminada pela leitura que ele faz de todos os tópicos acima, ao mesmo tempo em que dá a esses tópicos a tradução a uma linguagem jurídica mais concreta.

No que diz respeito à dimensão hermenêutica, não há novidades em relação ao exposto na seção anterior: "No momento de aplicação desses direitos, eu não posso proceder da forma como atuei no nível da elaboração legislativa, ou seja, da justificação da adoção de normas; aqui, encontro-me no distinto terreno da aplicação normativa" (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 157).

Mas quais seriam as pré-compreensões que informariam tal processo de aplicação normativa (CARVALHO NETTO, 2004b)? Isto é: quais seriam as pressuposições paradigmáticas – o "pano de fundo compartilhado de silêncio" (CARVALHO NETTO, 2001a, p. 216) – relacionadas aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito contemporâneo? Por certo, não seriam aquelas do paradigma liberal do século XIX, segundo as quais os direitos fundamentais teriam um caráter determinantemente formal, restringindo-se a direitos individuais e direitos políticos que lentamente ao longo do século iam expandindo o rol de sua titularidade. Mas não seriam também as do paradigma do bem-estar social: neste, sem dúvida houvera uma expansão dos direitos fundamentais, tanto em termos de sua titularidade quanto em termos do conjunto de direitos abrangidos, que agora passavam a incluir direitos sociais, trabalhistas e econômicos. Além disso, houvera também toda uma reconfiguração do sentido em geral daqueles direitos pré-existentes, reconfiguração celebremente caracterizada por M. Weber como materialização do Direito e bem expressada pela ideia de "função social". Entretanto, o ideal da igualdade material acabava resultando em uma concepção substantiva e robusta de um ideal de vida boa muito específico: a sociedade industrial de consumo de massas,

construída porém sem participação efetiva das próprias pessoas concernidas.

Assim, no paradigma contemporâneo, o desafio seria o de não abandonar as conquistas do Estado de Bem-Estar Social, mas criticá-las de dentro para superar sua patologia homogeneizadora e seu déficit democrático. Com isso, por um lado, vêm somar-se aos direitos individuais, políticos, sociais, econômicos e trabalhistas novos conjuntos de direitos: direitos difusos, referentes à humanidade inteira, em suas gerações passadas, presentes e futuras; direitos coletivos, referentes a minorias não suficientemente contempladas pelo padrão homogeneizador do paradigma do bem-estar social; direitos individuais homogêneos, referentes a problemas típicos de uma sociedade industrial avançada, em que indivíduos são sistematicamente submetidos, em sua condição de indivíduo, a violações que tendem a repetir-se para todas e todos. Por outro lado, os direitos pré-existentes passam por uma nova releitura: a meio caminho do excessivo vazio do paradigma liberal formal e do excesso de substância pré-determinada do paradigma do bem-estar social, o paradigma contemporâneo coloca sua ênfase nos procedimentos no interior dos quais o sentido mesmo dos direitos fundamentais pode ser rediscutido diante de cada caso concreto (CATTONI, 2012, p. 57-84).

Nesse paradigma procedimentalista, o déficit democrático anterior é suprido na medida em que as pessoas titulares de direitos fundamentais são chamadas a participar da construção de seu sentido. A um só tempo, a patologia homogeneizadora do Estado de Bem-Estar Social também pode ser corrigida na proporção exata em que a abertura à participação das pessoas concernidas na construção do sentido dos direitos fundamentais permite, por definição, uma pluralização desse sentido. Nas condições de complexidade, paradoxalidade e circularidade da sociedade presente, isso significa que as clássicas distinções entre igualdade e diferença, entre unidade e multiplicidade, entre localidade e universalidade, esvaem-se rapidamente: na "afirmação da igualdade como direito à diferença" (CARVALHO NETTO, 2018, p. 350), os direitos fundamentais, indetermina-

dos estruturalmente e insaturáveis hermeneuticamente, como que catalisam o processo interno de uma sociedade que muda o tempo todo. Como fundamentos – isto é, algo a que se tende a associar a expectativa de solidez –, eles não podem enrijecer aquilo que fundam. Diferentemente, o que se espera deles é que possibilitem a fluidez de uma sociedade que a cada instante se pode reinventar. Por isso mesmo, esses direitos fundamentais são como "fundamentos que descalçam": "mais do que fundamentos: *descalçamentos* da nossa ideia de liberdade e igualdade" (CARVALHO NETTO, 2018, p. 349, destaques do original), bases que não estabilizam outra coisa senão a plataforma para a crítica delas mesmas – e, com elas, da sociedade a que dão suporte estruturante.

Essa concepção de direitos fundamentais irradia-se por todo o seu espectro, com implicações específicas. No que tange aos direitos sociais, por exemplo, a relação entre Estado e titulares desses direitos não pode ser de maneira alguma pensada como a relação autoritária entre burocracia e seus clientes:

> A Constituição da República de 1988, ao dar curso à concepção de que os direitos sociais de proteção não desqualificam seus destinatários como pessoas carentes da tutela permanente do Estado, ao contrário, os afirma como cidadãos [...]. (CARVALHO NETTO, 2016, p. 66).

Algo semelhante coloca-se em relação aos direitos trabalhistas, radicalmente deslocados de uma leitura guiada pela lógica do favor ou do paternalismo:

> no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, se direitos básicos e específicos são reconhecidos ao trabalhador, o são precisamente porque passam a ser vistos agora como imprescindíveis para que ele tenha condições de afirmar e exercer a sua autonomia enquanto sujeito de direitos, a sua cidadania. Se normas protetivas do trabalho contra o poder do capital continuam a ser requeridas, elas, contudo, não mais podem significar a desqualificação daquele que, dado à sua situação material, precisa, a princípio, da proteção jurídica das normas de ordem pública [...]. (CARVALHO NETTO, 2016, p. 66).

Quanto aos direitos individuais e aos direitos coletivos, a relação entre eles deixa de ser pensada como uma separação estanque, posto não haver direito individual que não seja exercido no seio de uma coletividade, tanto quanto não há direito coletivo que não seja, na sociedade moderna, exercido individualmente:

> O Estado Democrático de Direito pressupõe [...] uma leitura mais complexa acerca da relação entre direitos individuais e coletivos, bem como destes com a esfera pública, capaz de superar o antagonismo entre essas categorias [...], para flagrá-las [...] em uma tensão produtiva em que os direitos individuais não mais podem ser vistos como egoísmos anteriores à vida social, ao contrário, passam a ser vistos agora como constitutivos da própria complexidade social e, nesse sentido, da dimensão pública mesma e do interesse coletivo enquanto tal, pois o seu desrespeito afeta difusamente a sociedade como um todo. (CARVALHO NETTO, 2016, p. 67).

E, sobre os direitos difusos, eles revelam a imensa e espessa teia que, hoje, liga cada ser humano, em sua vida mais provinciana, ao destino global da espécie humana e da vida em si no planeta:

> Os riscos que agora se tornam visíveis alteram profundamente a visão dos direitos fundamentais como um todo, pois revelam [...] como o universal e o local complexamente se imbricam, e, de forma difusa, o dano pontual e localmente produzido a aparentemente afetar apenas uma região ou uma pessoa, de fato, pode colocar em risco a integridade de toda uma coletividade ou mesmo da humanidade [...]. (CARVALHO NETTO, 2011a, p. 19).

Em torno do caráter de "descalçamento" que os direitos fundamentais possuem é que ganha toda sua força o conceito de identidade constitucional. Cunhado por Michel Rosenfeld (2003), esse conceito – algo como a identidade de um sujeito sem sujeito – está referido às articulações de sentido que vão sendo construídas, ao longo da história e em face de casos concretos exemplares, a partir dos fundamentos da liberdade e da igualdade e da tensão constitutiva entre elas.

Essas articulações de sentido, como articulações constitucionais de sentido, não podem em uma sociedade complexa ser reduzidas a nenhuma identidade substantiva forte: a identidade constitucional não se confunde com a identidade cultural, com a identidade religiosa, com a identidade política nem com uma identidade nacional qualquer. Ao mesmo tempo, sob pena de perder-se numa abstração condenada ao vazio, a identidade constitucional precisa manter-se relacionada a essas outras identidades. Esse duplo aspecto faz com que se estabeleça entre elas uma relação de tensionamento – logo, também de possível aprendizagem: a identidade constitucional inevitavelmente alimenta-se de plexos de sentido oriundos de outras identidades, como a cultural e a religiosa; ao mesmo tempo, ao filtrar esse conteúdo pela articulação propriamente constitucional entre liberdade e igualdade, a identidade constitucional retroalimenta essas outras identidades, propiciando, embora nunca garantindo, um processo de aprendizagem capaz de permitir a uma sociedade complexa e plural lidar produtivamente com seus inarredáveis conflitos.

Assim, constitucionalmente adequada à complexidade e à pluralidade sociais, uma identidade constitucional não pode ser senão uma identidade complexa, aberta, fragmentária e, por definição, sempre incompleta (ROSENFELD, 2003, p. 23): tão logo redefinida – re-fundamentada, re-calçada –, ela no mesmo gesto já se torna outra vez passível de uma nova reinterpretação catalisada pelo "descalçamento" incessante que os direitos fundamentais operam no Direito como um todo.

12 – Controle de constitucionalidade

Embora o controle de constitucionalidade, momento por excelência do problema da aplicação do Direito no contexto moderno, não se debruce apenas sobre questões de direitos fundamentais, a relevância que estes assumem nos ordenamentos jurídicos modernos faz com que, no trato deles, a tematização mais profunda das possibilidades e limites da jurisdição constitucional seja bastante recorrente.

Não é difícil perceber que o modo como o pensamento de Menelick de Carvalho Netto relaciona os tópicos tratados até aqui demanda uma compreensão da jurisdição constitucional que não permita a "privatização do público: o assenhoramento egoístico e o aniquilamento normativo da própria Constituição" (CARVALHO NETTO, 2001c, p. 20). Nessa seara, retomando o debate sobre as diferenças entre o modelo norte-americano e o modelo europeu de inspiração kelseniana, ele não tem dúvida quanto a qual deles é mais adequado a seu enfoque de teoria da Constituição: "Esse enfoque mais complexo terminaria justificando, sobretudo, o enfoque norte-americano e não o kelseniano" (CARVALHO NETTO, 2001a, p. 232).

A defesa do modelo difuso de controle de constitucionalidade, no entanto, não seria um estrangeirismo irresponsável e desatento à concretude das práticas constitucionais no Brasil. Ao contrário, é mais uma vez de dentro da nossa história constitucional que essa opção pelo controle difuso se imporia, pois os pressupostos básicos dessa forma de controle "constituem nossa herança de mais de cem anos. Uma herança que marca a compreensão da Constituição como de autoria de todos nós, que afirma que a matéria constitucional diz respeito a todos nós" (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 163).

Para além de seu ponto de apoio histórico, a tomada de posição em favor do controle difuso estaria justificada, pois, por aquilo que ele propicia: "O controle difuso faz com que qualquer um de nós seja intérprete autorizado da Constituição" (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 163). Por isso, nele a Constituição pode manter-se viva como "sentido intercompartilhado vivenciado por todos nós em nossas práticas e reflexões cotidianas, compondo o fluxo comunicativo intersubjetivo que pode dar densidade hoje à ideia de soberania popular" (CARVALHO NETTO, 2005, p. 130).

Em outros termos, o que importa crucialmente é a conexão que se estabelece, no controle difuso, entre Constituição e cidadania – uma cidadania que só pode ser cidadania ativa[13].

13 – Cidadania ativa, poder constituinte e desobediência civil

Insisti, ao longo de todo o texto, na circularidade de uma argumentação que, tal qual a modernidade mesma, não pode buscar seu fundamento fora de si. Mas nessa autoreferencialidade inarredável não estaria já pressuposto um ponto mais destacado, um nó do qual o círculo parte e para o qual o círculo deve sempre, como círculo, retornar? Sim: a autoreferencialidade da modernidade somente pode ser lida como a referência inevitável que precisamos fazer a nós mesmas e a nós mesmos ao lidarmos com problemas que são nossos. É pela impossibilidade de recurso às fontes tradicionais da fé, do saber e da autoridade política que a modernidade precisa recorrer ao que permanece humanamente gerado dentro dela – a sociedade moderna não possui outro resseguro que não sejam os sentidos que emergem dentro de si. Logo, a cidadania é o ponto nodal, o alfa e o ômega da circularidade que, imbricada com a paradoxalidade e a complexidade, delineia a face de nossa condição moderna.

Essa cidadania não pode ser ontologizada, por um lado, nem reduzida à condição de cliente-consumidor, por outro. Para corresponder à elevada envergadura da tarefa que lhe compete, ela deve ser uma "cidadania como processo, como participação efetiva" (CARVALHO NETTO, 2001c, p. 17), como continuada atuação nos variados processos cotidianos que mantêm uma sociedade integrada. Dentre esses variados e infinitos processos, dois possuem uma relevância ímpar, pois colocam em cena, mais do que nenhum outro, o problema especificamente moderno da legitimidade da política e do Direito – da Constituição e da comunidade de princípios por ela constituída, portanto.

13 Desdobramentos dogmáticos mais específicos referentes ao controle de constitucionalidade nessa chave de compreensão podem ser encontrados em CATTONI, 2004; 2012, p. 199-246; 2016; MEYER, 2017.

O primeiro deles é o exercício do poder constituinte. Por um lado, é esse exercício o que assegura a relação entre povo, soberania, democracia e Constituição tratada acima. Por outro lado, desde a origem de sua conceituação, na obra do abade Sieyès (2001), e de sua prática, na moldura da Revolução Francesa, o poder constituinte sempre esteve perigosamente próximo de um uso arbitrário. Na França, esse uso revela-se na história de sucessivas Constituições feitas na exata medida de personalidades políticas que, cada qual à sua época, de Napoleão Bonaparte a Charles De Gaulle, souberam impor seus interesses como se fossem interesses gerais. No Brasil, essa mesma apropriação abusiva pode ser vislumbrada em uma história constitucional igualmente marcada por sucessivas Constituições, mas se escancara nos Atos Institucionais da ditadura pós-1964 e nas muitas tentativas, ao longo da vigência da Constituição de 1988, de alterá-la por emendas que, no fundo, ansiavam por romper os limites da condição de exercício de poder constituinte derivado e assumir a condição de exercício de poder constituinte originário. Contra os riscos desse abuso, Menelick de Carvalho Netto procura chamar atenção para o fato de que o exercício do poder constituinte "requer mais do que a simples e bruta tomada do poder ou manipulações palacianas para obter apoio do povo" (CARVALHO NETTO, 2002c, p. 45), posto que o

> poder constituinte autocrático, ao contrário do que acreditava a doutrina clássica, não é uma das possibilidades de manifestação do poder constituinte, é apenas uma forma inadmissível de se tentar usar o constitucionalismo contra ele próprio. É uma tentativa de manipulação abusiva do constitucionalismo, negando-o na raiz [...]. (CARVALHO NETTO, 2006, p. 21).

Logo, apenas é legítimo o exercício do poder constituinte que resulta de uma intensa e duradoura mobilização da sociedade, intensa e duradoura a ponto de mostrar-se como sintoma da saturação das instituições vigentes e como apelo sólido à conformação de novas instituições:

> as gramáticas de práticas sociais instituintes dos horizontes de sentido em que levantamos pretensões a novos direitos e propostas organizacionais de nosso viver

> em comum é que fornecem o substrato de legitimidade necessário à emergência do poder constituinte originário, tornando visível a caducidade das instituições vigentes e apontando para a necessidade da ruptura institucional. (CARVALHO NETTO, 2002c, p. 42-43).

Não é difícil ver o quão raro são os momentos de uma mobilização como essa. No Brasil, a última vez em que ela se deu foi de fins da década de 1970 até meados da década de 1980. Dali, resultou a Constituição de 1988. Qualquer tentativa de substituir essa Constituição desde então, e ainda hoje, não é outra coisa senão mais uma pretensão abusiva daquelas infelizmente corriqueiras na história do poder constituinte moderno.

Contudo, se o exercício do poder constituinte, sob pena de banalizar-se e servir a propósitos autoritários, precisa estar reservado a momentos muito específicos, em que as "gramáticas de práticas sociais" não deixam dúvida sobre a inadequação como um todo das instituições que as regem, estaria o povo – "fluxo comunicativo intergeracional" – fadado a, fora do momento excepcional de exercício constituinte, sucumbir sem chances de resistência aos poderes constituídos? Certamente que não, pois não há que se falar em democracia sem a possibilidade constante da desobediência civil, paradoxalmente "uma desobediência essencial para justificar a legitimidade da obediência às leis" (CARVALHO NETTO, 2003b, p. 11). Ela, a desobediência civil, é o manancial último sem o qual o Estado Democrático de Direito não pode pretender para si legitimidade alguma[14].

O instituto da desobediência civil revela, assim,

> uma racionalidade inclusiva profunda de nossa herança constitucional a ser retrabalhada em termos discursivos, como garantia do não fechamento do sujeito constitucional, da sua permanente abertura ao horizonte dos novos direitos. (CARVALHO NETTO, 2003b, p. 10).

14 Quanto a esse ponto, conferir REPOLÊS, 2003.

Se o risco da privatização da Constituição (NETTO, 2000, p. 9), de seu assenhoramento excludente por parte dos poderes constituídos, nunca pode ser totalmente afastado, ele

> só pode ser enfrentado mediante a possibilidade de se trazer para a arena do debate público as leituras conflitantes no sentido de que a comunidade aberta de intérpretes da constituição, ou seja, os seus destinatários, a cidadania, possa efetivamente afirmar a sua existência de forma concreta, como fluxo comunicativo, definindo o sentido fundamentado na vida cotidiana que, para nós, aquele texto porta, a um só tempo, limitando essas autoridades e constituindo o próprio objeto que lhes incumbe guardar e preservar. (CARVALHO NETTO, 2003b, p. 11).

14 – Considerações finais

De uma concepção de história constitucional em que o povo se faz sujeito de seu próprio destino a uma concepção de desobediência civil em que esse povo reafirma, uma vez mais, sua condição de sujeito único da legitimidade possível do Direito e da política na modernidade: como um círculo que se fecha, complexa e paradoxalmente, em torno da noção de cidadania, essa parece-me ser a exposição dos elementos nucleares que formam a teoria da Constituição de Menelick de Carvalho Netto. Uma teoria aberta, plural, dispersa, insaturada e insaturável. Mas, nem por isso, carente de uma orquestração sistemática das partes que a compõem.

Voltando ao problema da *escola*, tratado na introdução, certamente ele não fundou nem construiu uma escola no sentido clássico da expressão. Mas fundou e tem construído, sim, uma escola radicalmente renovada na própria concepção do que seja uma escola: uma pedagogia da liberdade, do estímulo constante ao novo, da reinvenção permanente do que já foi inventado, da abertura, da pluralidade. É essa a escola de Menelick de Carvalho Netto, complexamente adequada às complexas exigências de um tempo complexo.

Fortemente assentada na premissa de que na vivência constitucional esconde-se desde sempre "uma imensa força emancipatória" (CARVALHO NETTO, 2005, p. 129), a lição fundamental dessa escola é demasiado simples: "O Direito Constitucional é vida; ou é vida, ou não é nada" (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 141). Afinal, o "importante é sabermos que somos homens e não deuses e, com todas as nossas imperfeições, bem como com as das coisas que criamos, vivermos o máximo possível dos momentos democráticos que alcançarmos realizar" (CARVALHO NETTO, 1999b, p. 12). Mais do que sobre qualquer outra coisa, é sempre sobre nós mesmas e nós mesmos que a Constituição tem algo a dizer.

15 – Referências

ARENDT, Hannah. **Da revolução.** Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Ática, 1988.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Brasil, a encruzilhada institucional ínsita ao procedimento de revisão constitucional: civilização ou barbárie.** Texto manuscrito, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. **Cadernos da Escola do Legislativo,** Belo Horizonte, v. 1, n.2, p. 87-90, jul./dez. 1994.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 89-98, jan./jun. 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. *In*: CATTONI, Marcelo. **Tutela jurisdicional e Estado democrático de direito:** por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. p. 11-13.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999a.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 5, n. 9, p. 7-12, jul./dez. 1999b.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. *In*: CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo:** uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 7-10.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. *In*: MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). **Constituição e democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2001a. p. 215-232.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição:** os marcos de uma doutrina constitucional adequada ao constitucionalismo. *In*: DIREITOS humanos e direitos do cidadão. Belo Horizonte: PUC Minas, 2001b. p. 41-62.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, p. 11-20, mar. 2001c.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. *In*: GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e diferença:* Estado democrático de direito a partir

do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002a. p. 9-11.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. *In*: PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002b. p. xi-xvi.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**, São Luís, n. 9, p. 37-61, jan./dez. 2002c.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003a. p. 141-163.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. *In*: REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003b. p. 9-11.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição:** perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a. p. 281-289.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. *In*: CATTONI, Marcelo (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004b. p. 25-44.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Intervenções no debate. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição dirigente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 44-46, 124-130.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio – A urgente revisão da teoria do poder constituinte: da impossibilidade da democracia possível. *In*: CATTONI, Marcelo. **Poder Constituinte e patriotismo constitucional:** o projeto constituinte do Estado

democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A impossibilidade democrática do constitucionalismo autoritário e a inviabilidade constitucional da democracia totalitária. *In*: CATTONI, Marcelo; MACHADO, Felipe (coord.). **Constituição e processo***:* a resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 401-410.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. *In*: BERNARDES, Wilma Lúcia Maia. **Federação e federalismo:** uma análise com base na superação do Estado nacional e no contexto do Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. xii-xv.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. *In*: MENDONÇA, Edalgina B. de Carvalho Furtado. **Tribunal de Contas e patrimônio ambiental:** um novo paradigma de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2011a. p. 19-20.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Temporalidade, constitucionalismo e democracia. **Humanidades**, Brasília, n. 58, p. 32-42, jun. 2011b.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A comunidade de princípios inaugurada em 1988 e o papel do Estado da esfera pública. **REVICE: Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 348-364, 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito:** a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. O direito do trabalho e o estado democrático de direito: uma reflexão sobre o individual e o coletivo no exercício da autonomia do trabalhador. *In*: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannoti da (coord.). **Como aplicar a CLT à luz da Constituição***:* alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 65-71.

CATTONI, Marcelo (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

CATTONI, Marcelo. **Devido processo legislativo:** uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CATTONI, Marcelo. **Contribuições para uma teoria crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1977.

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

COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. *In*: FAORO, Raymundo. **A República inacabada.** São Paulo: Globo, 2007. p. 7-24.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antiguedad a nuestros dias. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GOMES, David F. L. Para uma crítica à tese da constitucionalização simbólica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM,** Santa Maria, v. 12, n. 2, p. 442-471, 2017.

GOMES, David F. L. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade:** o conceito moderno de constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **The philosophical discourse of modernity:** twelve lectures. Transl. Frederick Lawrence. Cambridge: MIT Press, 1987.

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

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez:** sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoria del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 5. ed. Madrid: Trotta, 2008.

JACOBSON, A. J.; SCHLINK, B. **Weimar:** a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2000.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado:** contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira; rev. trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-RJ, 2006.

LOEWENSTEIN, Karl. Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire: esquisse d'une ontologie des Constitutions. **Revue Française de Science Politique,** v. 2, n. 1, p. 5-23, jan./mar. 1952.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MEYER, Emílio Peluso N. **Decisão e jurisdição constitucional:** crítica às sentenças intermediárias, técnicas e efeitos do controle de constitucionalidade em perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica:** uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. Trad. Antônio Luz Costa. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

REZENDE, Gabriel. A máquina de Menelick. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito,** São Leopoldo, v. 9, p. 183-195, 2017.

RIBAS, Luiz Otávio (org.). **Constituinte exclusiva:** um outro sistema político é possível. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

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

SARNEY, José. Discurso à Nação em 26 de julho de 1988. *In*: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 9. ed. Brasília: OAB, 2008. p. 903-907.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa:** que é o terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.