

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

João Pedro Lopes Fernandes

Constituição, Capitalismo e Sociedade: uma reconstrução das contribuições marxistas no Brasil pós-Constituição de 1988 para uma crítica do constitucionalismo

Belo Horizonte

2024

JOÃO PEDRO LOPES FERNANDES

Constituição, Capitalismo e Sociedade: uma reconstrução das contribuições marxistas no Brasil pós-Constituição de 1988 para uma crítica do constitucionalismo

Dissertação apresentada como pré-requisito à
obtenção do título de Mestre em Direito

Orientador: Professor Titular Marcelo Andrade
Cattoni de Oliveira

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

F363c Fernandes, João Pedro Lopes
Constituição, capitalismo e sociedade [manuscrito]: uma reconstrução das contribuições marxistas no Brasil pós-Constituição de 1988 para uma crítica do constitucionalismo / João Pedro Lopes Fernandes. - 2024
188 f.

Orientador: Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 172-188.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Teoria da Constituição - Teses.
3. Comunismo - Teses. 4. Brasil. [Constituição (1988)] - Teses. I. Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 342.4:335.51



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO JOÃO PEDRO LOPES FERNANDES

Realizou-se, no dia 29 de janeiro de 2024, às 14:00 horas, na Sala da Congregação da Faculdade de Direito, a defesa de dissertação, intitulada *Constituição, Capitalismo e Sociedade: uma reconstrução das críticas marxistas ao constitucionalismo no Brasil pós-Constituição de 1988*, apresentada por JOÃO PEDRO LOPES FERNANDES, número de registro 2022660549, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Orientador (UFMG), Prof(a). Adamo Dias Alves (UFMG), Prof(a). David Francisco Lopes Gomes (UFMG).

A Comissão considerou a dissertação:

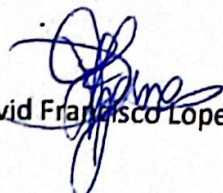
- Aprovada, tendo obtido a nota 85,0 (oitenta e cinco)
- Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2024.


Prof(a). Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Doutor) Nota: 85,0


Prof(a). Adamo Dias Alves (Doutor) Nota: 85,0


Prof(a). David Francisco Lopes Gomes (Doutor) Nota: 85,00

À Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, meu lar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, principalmente à minha mãe.

Agradeço à Marina de Souza Pompermayer pela contribuição na construção desse texto, sem nossas conversas, bem, sem nossas conversas muita coisa não teria sido, sendo a pessoa mais inteligente que conheço da nossa faixa etária, é a minha inspiração diária.

Agradeço ao Professor Titular Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, pelos anos de interlocução e amizade, pela orientação rigorosa e generosa, pela paciência e por ter, no segundo período da graduação em Direito, despertado em mim a consciência de que queria ser professor. Sou grato particularmente pelo respeito demonstrado em uma arguição rigorosa durante a defesa dessa dissertação.

Agradeço ao Professor Doutor David F. L. Gomes, pelas interlocuções que valem mais que livros inteiros, e pela possibilidade de ter conduzido o Necons no primeiro semestre de 2023, condição necessária para essa dissertação. Agradeço especialmente pela sua arguição instigante durante a defesa dessa dissertação.

Agradeço ao Professor Doutor Adamo Dias Alves, pela contribuição direta para o amadurecimento desta dissertação, pelas indicações bibliográficas, pelas contribuições seja na banca de seleção, seja na banca de qualificação, seja na banca de defesa da dissertação, nesta, pela minuciosa e pertinente arguição.

Agradeço à Professora Doutora Theresa Calvet de Magalhães por todas as vezes em que me permitiu ser seu aluno, ou melhor, estudante com ela.

Agradeço ao Almir Megali Neto, ao Henrique Pereira de Queiroz, ao Felipe Vinicius Capareli e ao Pedro Peliciari, pelo estímulo intelectual que sempre me proporcionaram ao longo desses dois anos, e pela amizade que construímos.

Agradeço à Rayssa Siqueira Moreira, ao Tales Resende de Assis, ao Rayann K. Massahud de Carvalho, pela amizade e pelas contribuições diretas ou indiretas durante estes dois anos, sou muito grato por ter convivido com vocês.

Agradeço aos membros do Grupo Teoria Crítica e Constitucionalismo e aos membros do Núcleo de Estudos Constitucionalismo e Aprendizagem Social (NECONS).

Agradeço em especial, aos participantes do Necons no 1º semestre de 2023, essa dissertação é um produto dos nossos encontros.

Agradeço à Laura Gandra, minha amiga de longa data, com quem pude contar mais uma vez por um par de bons anos, assim como pelas contribuições decisivas a esta dissertação, sobretudo os títulos indicados em estilística acadêmica, foram imprescindíveis para o desenvolvimento deste texto.

Agradeço ao Ricardo Prestes Pazello, a quem tive o prazer de encontrar na redação dessa dissertação, é gratificante escrever sobre quem se admira.

Agradeço ao Bruno Arifa Nunes, ao Marcelo Fernandes Viana, ao Nathan Ribeiro Cardoso e ao Vinicius França, pela amizade, especialmente ao Vinicius sou grato também pela generosa leitura da versão original dessa dissertação.

Agradeço aos funcionários da Secretaria do Colegiado da Pós-Graduação, por tudo, especialmente pela gentileza.

Agradeço ao Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD-UFMG), pela confiança depositada neste trabalho

Agradeço à CAPES, pelo financiamento dessa pesquisa.

“Com efeito, a Coisa mesma não se esgota em seu *fim*, mas em sua *atualização*; nem o resultado é o todo *efetivo*, mas sim o resultado com o seu vir-a-ser. O fim para si é o universal sem vida, como a tendência é o mero impulso ainda carente de sua efetividade; o resultado nu é o cadáver que deixou atrás de si a tendência. Igualmente, a *diversidade* é, antes, o *limite* da Coisa: está ali onde a Coisa deixa de ser; ou é o que a mesma não é.” (Hegel, 2014, p. 24-25, *destaques do original*)

Resumo: Ocupo-me dos fragmentos de uma teoria constitucional marxista entre os autores brasileiros no período pós-Constituição da República de 1988. Após uma crise mais longa do marxismo, a tradição marxista renova seu potencial explicativo com as publicações da MEGA-2, especialmente na América Latina. O campo direito e marxismo no Brasil refloresceu após os anos 2000, e se explicitaram as diferenças entre abordagens que concorrem para a compreensão da crise brasileira na perspectiva marxista. Neste trabalho, ocupo-me especificamente das formulações que empregaram conceitos, categorias ou enfrentaram problemáticas típicas da Teoria da Constituição. A essa carência, acrescenta-se a ausência de um mapeamento abrangente do campo. Enfrento o problema da existência (ou não) de uma teoria marxista da constituição no Brasil pós-Constituição de 1988. No marco de uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade, recorro ao método reconstrutivo habermasiano, enquanto emprego a reconstrução categorial como modo de exposição dos resultados. Assim, reconstruo os fragmentos de quatro abordagens distintas da Teoria da Constituição propostas por marxistas. Após reconstruir em constelações categoriais as três primeiras abordagens paradigmáticas de uma teoria marxista da Constituição, explico a tradição hegeliano-marxista desenvolvida na Faculdade de Direito da UFMG, concluo que esta tradição se diferencia das abordagens da Teoria da Constituição tradicional.

Palavras-chave: Teoria da Constituição; Marxismo; Teoria Crítica da Sociedade; Teoria da Sociedade

Abstract: I will work with the fragments of a Marxist constitutional theory among Brazilian authors in the period after the Constitution of the Republic of 1988. After a longer crisis of Marxism, the Marxist tradition renews its explanatory potential with MEGA-2 publications, especially in Latin America. The field of "law and marxism" in Brazil resurfaced after the 2000s, and the differences between approaches that contribute to the understanding of the Brazilian crisis in the Marxist perspective were made explicit. In this work, I deal specifically with the formulations that used concepts, categories or faced problems typical of the Constitution Theory. Added to this lack is the absence of a comprehensive mapping of the field. I face the problem of the existence (or not) of a Marxist theory of the constitution in Brazil after the 1988 Constitution. In the framework of a Theory of the Constitution as Theory of Society, I use the Habermasian reconstructive method, while using the categorial reconstruction as a way of exposing the results. Thus, I reconstruct the fragments of four distinct approaches to

Constitutional Theories proposed by Marxists. After reconstructing in categorical constellations the first three paradigmatic approaches of a Marxist Theory of Constitution, I explain the Hegelian-Marxist tradition developed in the Faculty of Law of UFMG, I conclude that this tradition differs from the approaches of the traditional Constitution Theory.

Keywords: Theory of Constitution; Marxism; Critical Theory; Theory of Society

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. UTOPISMO CONSTITUCIONAL: CONCEITUANDO UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO ENTRE MARXISMO E CONSTITUCIONALISMO	19
1.1. As constituições transformadoras entre os problemas da efetividade e da legitimidade constitucionais.	19
1.2. A Crise do Dirigismo Constitucional e o Recuo da Teoria da Constituição Dirigente: lições sobre os limites do projeto constituinte de 1988	43
1.3. A Crise de 2013-2018 entre esperanças, ilusões e frustrações: o fim das ilusões constitucionais de 1988?	53
2. O NILISMO CONSTITUCIONAL: CRÍTICA AO DIREITO ENQUANTO CRÍTICA AINDA CONSTITUCIONAL À LEGALIDADE.	60
2.1. Teoria Marxista da Constituição e Teoria Geral do Direito e Marxismo: possibilidades, afinidades e particularidades	60
2.2. A História da Legalidade no Brasil: crítica da legalidade como crítica do constitucionalismo moderno.	67
2.3. A Crise e o Golpe: uma proposta de diálogo entre E. Pachukanis e J. Hirsch <i>via</i> L. <i>Althusser</i>	84
3. DUALISMO NÃO MEDIADO ENTRE FATOS E NORMAS: O DIREITO INSURGENTE E A PROPOSTA DE SUPERAR A HIPÓSTASE DE TEORIA E PRÁTICA	92
3.1 Crítica da Economia Política e Crítica ao Direito localizadas: a categoria de forma jurídica dependente	92
3.1.1. <i>O Diagnóstico da “curva descendente da crítica jurídica europeia” e a recepção do debate jurídico soviético no Brasil</i>	92
3.1.2. <i>Críticas Marxista ao Direito no Brasil no século XXI: um jardim suspenso entre dois céus se ergue sobre os escolhos da crítica do direito</i>	98
3.1.3. <i>A forma jurídica essencial e a fenomenologia dos seus momentos</i>	106
3.1.4. <i>O uso revolucionário do direito na transição ao comunismo: uma leitura particular de E. Pachukanis.</i>	113
3.1.5. <i>A Engenharia do Marxismo Jurídico e o Resgate da Crítica Marxista ao Direito</i>	119
3.2. Reconstruindo as Teorias Críticas do Direito a partir do Direito Insurgente: a forma jurídica dependente	121
3.2.1. <i>Giro Descolonial do Poder e Teoria Marxista da Dependência</i>	122
3.2.2. <i>O Projeto Político como segunda refundação da crítica marxista do direito: do uso tático à tática do desuso.</i>	125

3.2.3	<i>Dimensão Fenomênica Insurgência como Resistência: o uso insurgente do direito em sentido estrito</i>	128
3.2.4	<i>Constitucionalismo, Constituição e Insurgência: à procura do fundamento.</i>	132
3.2.5	<i>Crítica, Crivo e Critério: a práxis como critério da verdade na Dimensão Histórica ou Originária da Insurgência</i>	138
3.3.	Crise do Constitucionalismo como Crise de Representatividade	140
4.	A TRADIÇÃO HEGELIANO-MARXISTA DA ESCOLA MINEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL: “A SERIEDADE, A DOR, A PACIÊNCIA E O TRABALHO DO NEGATIVO”	151
4.1.	Constituição, Constitucionalismo e Sociedade: a contradição interna ao conceito de constituição e a mediação dialética de seus momentos	151
4.2.	Crise Constituinte e Limites do Projeto Constituinte de 1988	162
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	166
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	170

INTRODUÇÃO

As esquerdas vivem desde fins dos anos 1970 uma das mais longas crises no “Ocidente” (Guimarães, 2007, p.25-53), apesar disso a tradição marxista pôde se renovar mundo afora graças aos impulsos do projeto MEGA-2, em curso desde 1972 (Guimarães *in* Musto, 2023, p. 9-28). De sua parte, a sociedade civil brasileira demonstrou uma capacidade única para reinventar o socialismo democrático nos seus mais variados níveis (Guimarães, 2007, p. 55-72), enquanto o pensamento marxista brasileiro pôde medrar em quase qualquer terreno, ocupando-se inclusive de constelações conceituais típicas da Teoria da Constituição (Gomes, 2022; Cattoni de Oliveira, 2023b). Não obstante, com a crise de acumulação do Capital em 2008 e o aprofundamento das transformações institucionais na América Latina, avançaram as experiências de formação jurídica nas universidades latino-americanas, a Teoria do Estado serve de antessala do ‘Direito Constitucional’, ao qual se mistura uma suma da história das ideias.

Antes deste ocaso no debate europeu, o debate italiano nos forneceu um exemplo do potencial crítico da obra marxiana e da tradição marxista: entre 1975 e 1976 seriam publicados um conjunto de textos iniciados pela célebre provocação de Norberto Bobbio a Umberto Cerroni sobre a fixação dos marxismos no par conformado por uma teoria realista da política e uma teoria da revolução. Entre outras questões, à questão de U. Cerroni “há uma ciência política marxista?” (Cerroni *in* Bobbio *et al*, 1979, p. 55-68) N. Bobbio acrescenta “há uma Teoria do Estado marxista?” (Bobbio *in* Bobbio *et al*, p. 13-32). Interesse-me antes pelos motivos de N. Bobbio do que pelo rico debate travado nos anos 1970.

O ponto de partida do entrelaçamento histórico entre o florescimento do marxismo no Brasil e as lutas pela redemocratização não foram, ao contrário do que se pode pensar, a influência dos grupos de guerrilhas contra o regime militar, o que não significa que não tenham a sua importância histórica, mas a relação orgânica entre intelectualidade marxista e a sociedade civil. Por isso, é necessário destacar o esforço de Carlos Nelson Coutinho e da equipe por ele coordenada, de traduzir a antologia “História do Marxismo” organizada por Eric Hobsbawm e bem-sucedida seja na qualidade dos textos reunidos, seja na difusão internacional como cânone da história marxista não-oficial, assim como nas suas célebres traduções das obras de Antônio Gramsci. No Brasil, aquela coleção começou a ser publicada pela editora Paz e Terra na década de 1980, antes mesmo da redemocratização e ficou dividida em 12 volumes¹.

¹ Por todos, conferir Hobsbawm *et al*, 1985a.

Sem dúvidas, do processo de constitucionalização em diante, um dos marcos mais importantes do entrelaçamento entre a sociedade civil e a tradição marxista é a reunião, primeiro em 1988 em Teresópolis, depois em 1990 em Serra Negra, do Centro de Estudos Marxistas (Cemarx) vinculado ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas (IFCH) da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Naquela circunstância, sob a liderança de João Quartim de Moraes, idealizou-se a reconstrução coletiva da “História do Marxismo no Brasil”, efetivamente publicada em 6 volumes². A interface do trabalho é variada, abarca desde os impactos da Revolução Russa no Brasil, a história das organizações políticas e dos movimentos sociais associados ao marxismo em diferentes períodos, passa pelas teorias marxistas e interpretações do marxismo que aqui aportaram, especialmente por três vias, quais sejam: as orientações do Partido Comunista do Brasil, a penetração do marxismo italiano e em especial de Antônio Gramsci interpretado sobretudo por Carlos Nelson Coutinho no Rio de Janeiro, assim como do marxismo francês, especialmente de Louis Althusser, sobretudo em São Paulo interpretado pelo próprio João Quartim de Moraes, conquanto também do euomarxismo³ especialmente na figura de Györg Lukács, interpretado sobretudo por Leandro Konder (1988; 2003), o Cemarx sediado na Unicamp.

Ainda, outro importante marco da relação entre o processo de constitucionalização brasileiro e a tradição marxista é a formação no seio da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS), de um Grupo de Trabalho sobre Partidos e Movimentos Sociais de Esquerda, responsável por divulgar a produção multidisciplinar de pesquisadores sobre a formação das esquerdas no Brasil. Este mesmo grupo aglutinou-se na Associação Nacional de História (ANPUH) para através de diversas atividades acadêmicas, divulgar seus estudos sobre a história das esquerdas no Brasil. O resultado foi a publicação de uma trilogia sobre “As Esquerdas no Brasil”, composta por 68 capítulos de 66 autores, cobrindo o período que vai do ano de 1889 até a data da sua publicação, em 2007. Esta coleção, por sua vez, foi uma contribuição historiográfica pautada em uma proposta de releitura da história oficial brasileira, coordenado pelo historiador Jorge Ferreira, Professor Titular Aposentado da Universidade Federal Fluminense (UFF) e professor credenciado nos Programas de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense e da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)⁴.

² Por todos, conferir Quartim de Moraes, 2007, além de Quartim de Moraes *et Reis*, 2007, assim como Ridenti *et Reis*, 2007a, mas também Ridenti *et Reis*, 2007b.

³ Coutinho, 2023.

⁴ Conferir: Ferreira *et Reis*, 2007a; Ferreira *et Reis*, 2007b; Ferreira *et Reis*, 2007c.

É um marco deste movimento a publicação de “Direito e Marxismo” (Lima *et Bello in* Lima *et Bello*, 2010, p.xiii-xviii), coletânea de textos organizada na sequência da crise do modo de produção capitalista de 2008. Ao “*marxismo como crítica*” cujo objetivo é “pensar o tempo presente” (Habermas, 2013b, p. 351-452) não relega alternativas à Teoria da Constituição ou ao Direito Constitucional, no entanto, precisamente agora quando o contexto de validade no qual a dogmática crítica e a teoria crítica devem se medir é um contexto de crise social, quais são as armas empunhadas pela crítica?

Para responder a esta questão, me valerei de uma premissa, um diagnóstico em termos histórico-teóricos da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional no Brasil, secundadas, em todo o caso, por uma tese. Em primeiro lugar, a premissa

Este é um livro para não ser lido. [...] É um livro sobre nós mesmos – nós que sempre não podemos senão estar aqui, e agora. Por isso, é um livro errado do início ao fim. Um livro que erra, na busca quase desesperada por entender como nossa sociedade chegou até o ponto deplorável em que nos encontramos. [...] Talvez ninguém o leia, menos ainda quem o escreveu. *Afinal a pergunta sobre como chegamos até aqui é uma pergunta sem importância. Exceto que sem ela não parece possível saber como podemos sair deste indigesto lugar - se é que podemos, mas desta esperança ingênua, deste sim eu não queria abrir mão.* (Gomes, 2022, p.1, *destaques meus*)

O diagnóstico da história da teoria justifica a introdução do primeiro volume do projeto teórico “*Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade*”, o “*Manifesto contra Sísifo*”:

[...] a história teórica do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição no Brasil pode ser interpretada em seus caminhos subterrâneos à luz do Mito de Sísifo. De tempos em tempos, um novo tema ou plexo temático ganha centralidade. Quando isso acontece, a tendência é seja desconsiderado todo o acúmulo teórico interno dos períodos anteriores, em favor da importação, geralmente acrítica e não-mediada de autoras e autores, livros e artigos que representem o novo mainstream internacional. Constitucionalistas nacionais parecem nunca ter dito nada e nunca ter nada a dizer sobre as novas discussões que vêm a tornar-se hegemônicas. Elas e eles, que em condições muito distantes das ideais esforçaram-se por rolar a pedra teórica do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição morro acima, veem, tão logo um **novos** conjunto de questões antigas consiga impor-se, a pesada pedra desce novamente ribanceira abaixo. Todo o caminho precisará ser refeito: nada poderá ser aproveitado do trabalho que aquelas professoras e aqueles professores fizeram arduamente ao longo dos anos. [...] Foi assim na década de 2000, quando se discutia quase que tão só a dimensão principiológica da Constituição. Foi assim na sequência, e de forma bastante paradoxal, quando o Novo Constitucionalismo Latino-Americano assumiu a dianteira dos debates. Agravou-se radicalmente a situação quando o controle de constitucionalidade – então tratado como se fora nome intraduzível, de *judicial review* – deveio o ponto sobre o qual todas e todos, em todo e qualquer espaço, queriam falar. *E tem sido ainda pior desde que a crise assumiu seu trono, seja como crise da democracia ou como crise do constitucionalismo: tudo se passa como se nossos velhos mestres nunca tivessem vivido crises semelhantes e nada tivessem refletido e escrito sobre elas.* (Gomes, 2022, p. 2, *destaques meus*)

Esclarecido o ponto de partida, preciso desenvolver o ponto de chegada, conquanto o ferramental e a proposta da presente dissertação sejam aqui explicitados, apenas na última seção reconstruirei a tradição da qual parto, em suas linhas mais ampla. Se o “*marxismo como crítica*” (Habermas, 2013b, p. 267-442) tem por imperativo “pensar o tempo presente” não acredito ser necessário me demorar nas razões que podem ter levado os marxismos a essa inflexão tanto quanto o é conduzir essa inflexão em direção aos marxismos: *porque* as autoras e os autores marxistas pensaram as crises desde a redemocratização *com ou contra a tradição hegeliano-marxista à qual me filio*⁵, *é porque este debate que pode ser reconstruído*, ainda que precária e parcialmente, como um índice de aprendizagem social com o direito e com a política *entre nós*. Afinal, ao menos o contexto de gênese dessas reflexões depõe a seu favor.

Conquanto este seja o problema imediato, mediatamente colocam-se três outros já destacados por David F. L. Gomes

*O que é uma Constituição moderna? Em que sentido a ausência de um conceito de Constituição suficientemente desenvolvido faz com que a teoria brasileira da Constituição se encontra internamente estruturada por uma interpretação da história constitucional brasileira de maneira tal que entre ambas é estabelecida uma recursividade recíproca que as enreda conjuntamente num círculo vicioso? O que o lugar que é atribuído ao Brasil no cenário mundial tem a ver com essa implicação recíproca entre teoria e interpretação histórica? A hipótese geral é que um conceito adequado de Constituição moderna pode conduzir ao desfazimento do curto-circuito entre teoria da Constituição e interpretação da história constitucional, exigindo ao mesmo tempo uma reconfiguração da moldura de compreensão em que se situam as relações entre Brasil e mundo moderno (Gomes, 2019b, p. 35, destaques meus)*⁶

No decurso do texto, valho-me de seis ferramentas principais: um método de exposição – a reconstrução categorial⁷ (Gomes, 2023a, p. 182; Habermas, 2013a, p.399), três categorias – *déficit sociológico*, *déficit normativo* e *déficit hermenêutico* e dois diagnósticos⁸. Primeiro, assumo que as crises do projeto constituinte de 1988 ocorridas nos anos 1990 e de 2013 em diante formam dois contextos de gênese das formulações marxistas sobre problemas do Direito Constitucional e da Teoria Constitucional em geral, inclusive com respeito ao trabalho daquelas com as categorias típicas desses campos teóricos (Gomes, 2022, p. 253-259), ainda que em alguns casos estes não pretendam desenvolver uma proposta de Teoria da Constituição, a Teoria

⁵ Em síntese, conferir: Gomes, 2019; Gomes, 2022; Gomes, 2023b; Cattoni de Oliveira, 2023a; Cattoni de Oliveira, 2023b; Alves, 2018a; Alves, 2018b.

⁶ A exposição deste argumento será o objeto da seção 4.

⁷ É condição necessária dessa reconstrução categorial o caráter constitutivo dessas categorias para a história dos efeitos.

⁸ Um diagnóstico do estado da arte na literatura marxista, de um lado, e um diagnóstico de época de que me servirei enquanto aguilhão de tensão para reconstruir (Gomes, 2022, p. 252-255) a história constitucional brasileira no contexto de crise brasileira pós-2013 (Gomes; Megali Neto; Fernandes in Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p. 133-162), opondo-me, dessa forma, às tradições que reconstruí.

da Constituição é a chave interpretativa do Direito Constitucional, logo implícita ou explicitamente, ao se refletir sobre o projeto constituinte de 1988, projeta-se uma teoria constitucional por meio da qual o autor pensa o Direito Constitucional. Por vezes a propositura de uma Teoria do Estado Marxista vem a calhar, na medida em que a Teoria do Estado e a Teoria da Constituição têm em comum pensarem o político do ponto de vista de sua institucionalização jurídico-social (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 25-36). Essa ferramenta, embora arriscada, é válida na medida em que há um grau suficiente de distância temporal que permitiu um amadurecimento destes debates, especialmente se confrontarmos as teorias constitucionais subjacentes de cada autor em cada momento, nos seus próprios termos, isto é, de maneira imanente.

Segundo, valho-me da categoria de “*déficit sociológico*”⁹ nos termos cunhados por David F. L. Gomes, para investigar se a hipótese de David Gomes pode ser estendida ao campo das Teorias Marxistas da Constituição:

a crítica à ausência de uma teoria da sociedade como marco geral no bojo do qual se desenrola uma reflexão teórica e, portanto, como ponto de partida epistêmica e metodologicamente necessário dessa reflexão. Em termos concretos, aquilo a que viso com essa crítica são processos de elaboração teórica em categorias e problemas do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição são abordados com um excessivo grau de autonomização desprendidos dos contextos sociais de fundo que constituem a condição de gênese e perante os quais as formulações teóricas respectivas precisam provar sua validade.

[...]

Essa autonomização, cerne do déficit sociológico que meu diagnóstico procura amostrar, desdobra seus efeitos em pelo menos três dimensões: na compreensão equivocada de processos sociais mediados constitucionalmente; na crítica impertinente à dinâmica desses processos sociais; na propositura de soluções inadequadas para os problemas identificados.” (Gomes, 2022, p. 254-256)

A terceira ferramenta de que me valho é a categoria de *déficit hermenêutico*: a própria reconstrução da Teoria da Constituição subjacente pode revelar um *déficit* na mediação entre fatos e normas.

Uma consequência desse equívoco metodológico é a radicalização da fissura entre o ser e o deve ser, entre a realidade social, econômica e política do país e os textos jurídicos das constituições brasileiras. Por um lado, é importante ressaltar a circularidade com a qual opera essa fissura: derivando daquela base metodológica falaciosa, a cisão radical entre ser e deve ser é forjada no âmago do universo teórico para, num segundo momento, ser projetada sobre a realidade. Ou seja, é um conceito não do que é, mais do que deveria ser uma Constituição que serve de base para se dizer o que não é a realidade social, econômica e política correspondentes. Por motivos lógicos, o círculo vicioso se torna inevitável, pois o mundo real, por mais intensos que sejam os esforços nessa direção, jamais conseguiria – por definição –

⁹ Portanto testo a hipótese de David F. L. Gomes construtivamente, isto é, procuro também significar a categoria deste autor, ainda em lapidação.

alcançar os sonhos que uma imaginação teórica tem para ele. Por outro lado, é essa cisão profunda entre ser e deve ser que subjaz como pano de fundo para a interpretação da história constitucional brasileira e para que se erijam as expressões conceituais com as quais a teoria procura organizar essa história: ‘crise constituinte’, ‘constitucionalismo ornamental’, ‘constitucionalização simbólica’, ‘constitucionalismo da efetividade’ e ‘Constituição puramente nominal’ [...]. (Gomes, 2019b, p. 33-34)

A quarta ferramenta de que disponho é a categoria de *déficit normativo*, diferencia-se do *déficit hermenêutico* não apenas gradualmente, ou seja, *não se trata de uma categoria*. Diferencia-se, isso sim, porque não concebe a normatividade constitucional como algo imanente ao seu objeto de pesquisa¹⁰ como efetiva. Nesse caso, a normatividade constitucional, muito pelo contrário, tornou-se alvo do desmascaramento, da crítica realista, da crítica da ideologia.

A quinta ferramenta de que disponho é a metáfora “pêndulo em suspenso sobre dois abismos”, de que me sirvo para esclarecer por que – no caso do *dualismo constitucional* reconstruído especialmente em Ricardo P. Pazello uso tático do direito não é considerado uma “*suprassunção*” entre teoria e práxis, como pretendeu Ricardo Prestes Pazello. Na realidade, traduzo essa imagem na categoria de “*oscilação*” designando também o movimento diacrônico detectado no Utopismo, que oscila de um contexto de gênese ao outro do utopismo ao pessimismo, rumo a uma convergência tendencial com nihilismo constitucional.

¹⁰ Conferir o capítulo 2 Facticidad y Validez (2010). “Con este cambio de perspectiva producido por la economía política y por la crítica de la economía política, la categoría “derecho” pierde su papel clave en lo tocante a estrategia teórica. La reproducción de la vida social no es sólo demasiado compleja como para poder ser aprendida en las estériles figuras normativas de pensamiento del derecho natural racional. Antes los mecanismos de integración de la sociedad son también, así aparece ahora, de un tipo muy distinto, a saber: *de tipo no normativo*. La anatomía de la sociedad civil desarrollada en conceptos de la economía política tiene un efecto desenmascarado: no son las relaciones jurídicas, sino las relaciones de producción, las que constituyen el armazón óseo que sostiene el organismo social. La imagen médica o anatómica queda pronto desplazada por imágenes que hacen referencia a la Construcción de edificios. El Derecho permanece a la superestructura política de la base económica de una sociedad, en la que la dominación de una clase en la forma apolítica de la capacidad de disposición privada sobre los medios de producción. El ciclo recursivamente recursivamente cerrado de producción y reproducción de valores de cambio penetra a través de las operaciones del derecho moderno relativas a integración social sometiendo a su lógica, y rebaja ese mercado, descubierto y analizado por la economía política, se hace también con la hegemonía en teoría de la sociedad. El modelo realista de una “asociación” no intencional, anónima, que se efectúa a espaldas de los actores, disuelve el modelo idealista de una asociación intencionalmente producida intencionalmente producida a la que los propios miembros de la comunidad jurídica dan continuidad. [...] *Dun modo distinto las teorías estructuralistas de la sociedad desde Lévi-Strauss hasta Althusser y Foucault efectúan un paso similar*. Tanto em um caso como em outro los sujetos, que constituyen en cada caso mundos propios o que, em um plano superior, comparten intersubjetivamente mundos de la vida comunes, pierden su lugar; y con ello pierden También su derecho todas las operaciones intencionales de Integración efectuadas a través de la conciencia de los actores mismos. *Quedan borradas todas las huellas hermenéuticas mediante las que pudiese encontrar aún acceso a la sociedad una teoría de la acción que partiese internamente de la autocomprensión de los actores mismos. Con esta radicalización de la análisis sistémico-marxiano las nuevas teorías objetivistas de la sociedad se distancian de la estrechez y del lastre normativo de aquellas categorías holísticas, articuladas además em términos de filosofía de la historia. La mirada se abre así con desenvoltura al espectro de variación, a la contingencia y a la pluralidad y diversidad de las sociedades supercomplejas* (Habermas, 2010, p. 109-111, *destaques meus*)

Diferentemente dos autores marxistas sobre os quais me debruço, parto do princípio de que o marxismo é uma tradição de pensamento duplamente reflexiva: pretende explicar a sociedade, ao mesmo tempo em que pretende ser injunção à transformação dela. Nenhuma dessas tentativas permitiu uma reconstrução do sentido da *práxis* imanente ao direito, tampouco o discurso teórico sobre a *práxis* jurídica. Dito de outra forma, por vezes compreendido como instrumento para a política, por vezes entendido como *medium* intrinsecamente manipulatório, o debate sobre *direito e marxismo* no Brasil não passa da reiteração de um ponto de vista externo ao próprio direito.

Particularmente, ocupo-me da questão do ponto de vista da Teoria da Constituição, portanto, a pergunta que quero responder é tão somente “há uma teoria da constituição marxista no Brasil?”. Confrontando o volumoso e diversificado material, em lugar de equacionar o problema da quantidade semanticamente, buscando por autores confessadamente proponentes de uma teoria constitucional marxista, adotei uma estratégia alternativa. Propus uma reconstrução categorial¹¹ a partir de dois contextos de crise do projeto constituinte distintos: a crise dos anos 1990 e a crise de 2013. Nesses contextos, reconstruí a forma como esses autores concebiam as relações categoriais entre *Constitucionalismo*, *Democracia* e *Capitalismo* (Gomes, 2022, p.264-265); *Constituição, Política e Economia* (Gomes, 2018, p. 124-148).

Do ponto de vista de uma *Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade* (Gomes, 2022, p. 253-291), constato que pelo menos uma dessas formulações possui, além de *défices normativos e hermenêuticos* (Cattoni de Oliveira, 2023a, p.80-83), também um *déficit sociológico* (Gomes, 2022, p. 253-259; Cattoni de Oliveira, 2023a, p.85-95). Essas três categorias me permitem diferenciar três tipos distintos de insuficiências teóricas em que incorrem os autores marxistas ao manejar constelações conceituais da Teoria da Constituição (Gomes, 2022, p.254), isto é, são o recurso analítico que busquei aprimorar. A crítica segundo a qual determinada teoria padece de défices sociológicos designa a ausência de uma teoria da

¹¹ O método que fundamenta a exposição desta dissertação é a “reconstrução categorial” (Gomes, 2023b, p.182). Marcos Lutz Müller interpreta o valor posicional da reconstrução categorial como parte da dialética subjetiva aliás também compartilhada por Hegel, mas limitada a um método de exposição: “Se algumas expressões marcam a diferença irredutível entre a dialética enquanto método de exposição e o movimento efetivo do conteúdo, outras acentuam a pretensão propriamente dialética de uma forma de exposição que expresse integralmente e exclusivamente o movimento efetivo do material, desde que este tenha sido analiticamente investigado e a sua maturação histórica o tenha levado a um ponto de diferenciação e organicidade suficientes para a exposição. *Dialética transforma-se, assim, em método no sentido subjetivo de um procedimento de reconstrução categorial, em oposição ao método enquanto “atividade universal absoluta”, enquanto sujeito da própria forma de movimento (ideia). O método não é mais a forma do auto movimento do conteúdo que se expõe, mas um procedimento de reconstrução categorial que pressupõe o trabalho prévio de investigação das ciências empíricas e a maturação histórica do objeto para então expor a sua lógica interna de acordo com os nexos que a análise apreendeu entre suas determinações*” (1982, p.32, *destaques meus*).

sociedade no bojo da qual a reflexão se desdobra, justificando um ponto de partida epistêmica e metodologicamente adequado (Gomes, 2022, p. 254). O *déficit hermenêutico*, por sua vez, atinge teorias especializadas em questões normativas, não obstante incapazes de tematizar de maneira adequada a relação entre fatos e normas, seja porque partilham um enfoque normativista unilateral, seja porque sustentam um enfoque objetivante ou realista também unilateral, seja porque sustentam um dualismo de perspectivas (normativista e realista), cuja interconexão não chega a ser esclarecida ou mesmo se assume de partida não existir (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 27-35). Por isso, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira propõe desde há muito que estes enfoques passassem por um *giro reconstrutivo*,

Todavia, a fim de que não perdêssemos a perspectiva reconstrutiva, fez-se necessário, não nos prendermos unilateralmente, nem à *perspectiva normativa* da Teoria do Direito, nem à perspectiva realista ou objetiva da Sociologia Jurídica. Coube assinalar com Friedrich Müller, que a positivação jurídico-moderna como ‘textificação é faca de dois gumes’, porque ela pode ser compreendida como desvirtuada no sentido de um ‘constitucionalismo simbólico’, mas também pode ser levada a sério, ou, nas palavras desse jurista alemão, “ao pé da letra”. Afinal, o texto da Constituição brasileira de 1988 não somente fala de exclusão, senão que se pronuncia contra ela, principalmente nos Títulos que tratam dos princípios e dos direitos fundamentais, podendo revelar, portanto, diferentemente de um contraste entre ideal e real, inclusão e exclusão, uma tensão entre texto e contexto. Numa leitura reconstrutiva, pode-se, inclusive, virar o texto constitucional contra a exclusão que, ao contrário de se ancorar numa lei natural, permanece vinculada à pré-compreensão social e política, não problematizada, dos intérpretes em geral (todos aqueles que vivenciam a Constituição), e dos juristas em especial (constitucionalismo apenas simbólico, apenas nominalista). (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 218-219)

Assim, o problema da produção de sentido a partir, por exemplo, da tensão entre princípios *prima facie* contraditórios, na realidade efetiva, revela-se um fenômeno produtivo do ponto de vista da integração social (Carvalho Netto et Scotti, 2012, p.7-115 et 157-163), no entanto quando as teorias que sofrem deste déficit ocupam-se da interação entre texto e realidade social, acabam separando os problemas dialeticamente mediados da efetividade e da legitimidade constitucional *na* legalidade constitucional (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 69-95 et Cattoni de Oliveira, 2023b, p.25-37). Com isso perde-se de vista a operação interpretativa envolvida tanto na compreensão das normas a partir dos textos normativos, quanto a operação interpretativa envolvida na fixação do “sentido prévio” das normas extraídas desses textos. Por fim, compreendo a categoria “*déficit normativo*¹²” como um tipo específico de “*déficit*

¹² Na reconstrução habermasiana da leitura que Strauss faz de Hobbes, um conceito de *déficit normativo* torna-se explícito: “L’esprit baconien, qui se détourne de l’image antique de la nature, conduit dans le même temps à une conception naturaliste de l’homme et à un concept constructiviste de l’État, envisagé comme une machine fabriquée à l’aide du droit coercitif moderne. Cette interprétation pousse en conclure qu’un tel État manque de

hermenêutico”, conquanto mais grave, frisarei o traço qualitativo que a diferencia. Se no “*déficit hermenêutico*” a *perspectiva teórica* pretende levar a sério o sentido do fenômeno investigado, conquanto na prática o faça de forma inadequada e chegue a resultados equivocados, ao levar a sério a perspectiva do participante nessa prática social lhe possibilita também se beneficiar de um processo de aprendizagem social com o direito e com a política. Mas no déficit normativo, assume-se de entrada que a perspectiva normativa está equivocada, substituindo-a ou por uma negação de plano do fenômeno jurídico, como simples ideologia, deformação da realidade, ou então a substituindo por uma perspectiva relacional, que tenta buscar na ontologia o ponto de vista epistêmico para avaliar para as pretensões de validade no amálgama da correção, verdade e sinceridade.

É claro, estabeleço um recorte temporal mesmo neste segundo marco, isto é, não analiso os eventos posteriores ao governo Michel Temer, nem mesmo a eleição de Jair Messias Bolsonaro. Afinal, a reconstrução histórica não é um fim em si mesmo, deve ser suficiente à aproximação do marxismo relativamente aos dois contextos de crise que serviram de gênese aos fragmentos de uma Teoria da Constituição que arqueio à forma de uma constelação¹³ categorial¹⁴.

la force intégratrice de ces principe moraux dont demeure encore tributaire la socialisation politique à travers um droit positif et contraignant. Strauss explique ce *déficit normatif* à partir des postulats anthropologiques fondamentaux de Hobbes. Le caractère pléonastique de l’aspiration à l’infini résulte de son association au Regard antipateur de l’entendement humain sur les risques environnants. (Habermas, 2021, p. 40, *destaques do original*)

¹³ Do ponto de vista do “marxismo como crítica” (Habermas, 2013b, p.375-389), é imperativo ressaltar o contexto de gênese para o materialismo histórico e dialético (Hetzl, 2021) *não* foi a crise do paradigma do Estado Social de Direito sob Weimar (Queiroz, 2023), *mas sim* a crise do paradigma jurídico social do Estado de Bem-Estar Social neokeyniano nos anos 1970 (Habermas, 2010, p. 469-532) que determinou a crise econômica em que se viu enredada a economia brasileira nos anos 1990. Se bem esse contexto tenha representado um desafio ao projeto constituinte de 1988 em seu nascedouro, a implicação do ponto de vista da interação social foi a crise da própria Constituição, na medida em que passou pelo processo revisional constitucionalmente previsto sob a pressão permanente de desfigurar-se, ainda que isso não tenha efetivamente ocorrido. Não obstante, foi somente com os governos petistas de Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff que um Estado de Bem-Estar Social deste – e não daquele – tipo pôde ser erguido no Brasil. A crise do modo de produção capitalista do ano de 2008 produziu, entre nós, uma crise social de grandes proporções de cuja manifestação mais importante foi a proposta de uma Assembleia Constituinte “Duplamente Exclusiva”, isto é, afeta tão somente à reforma do sistema político.

¹⁴ Recentemente, Habermas propôs uma genealogia do pensamento pós-metafísico capaz de explicar porque não se reduz, afinal de contas, a uma simples “história das ideias”: “Mais il faut alors se demander pourquoi parler d’une *genéalogie*. Si le procédé généalogique se distinguer d’un exposé relevant de l’histoire des idées et des problèmes, c’est en raison de l’enchâssement de ces processus d’apprentissage, destinés à résoudre des problèmes mais qui ne sauraient êtres expliqués à l’aune de leurs logiques internes, dans des contextes d’apparition contingentes bien qu’*universalisés au moyens d’une théorie critique de la société*. Ce procédé généalogique prend en compte le fait que le rapport autoréférentiel propre au traitement du savoir accumulé sur le monde associe l’opération cognitive inhérente à la réflexion philosophique et à la délibération sur soi et sur le monde à la fonction que remplit, avec pour visée la cohésion sociale, une compréhension du monde et de soi collectivement partagée et pourvoyeuse d’identité. En s’intéressant au contexte d’apparition que permet de restituer l’histoire sociale, le procédé généalogique prend en consideration le fait que la philosophie, cheminant sur la voie de l’élucidation rationnelle de la compréhension que la société se fait d’elle-même, contribue ce faisant *aussi à son integration* – et se voit pour sa part ainsi impliqué dans la reproduction de la société. La dynamique du processus d’apprentissage,

1. UTOPISMO CONSTITUCIONAL: CONCEITUANDO UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO ENTRE MARXISMO E CONSTITUCIONALISMO

1.1. As constituições transformadoras entre os problemas da efetividade¹⁵ e da legitimidade¹⁶ constitucionais.

A própria fundação de um novo marco desloca o peso do “fundamento” constituinte às promessas mútuas dos cidadãos que se reconhecem como livres e iguais por meio do direito constringendo-os ao reconhecimento recíproco de certos direitos. Nesse sentido, o processo constituinte que se reiniciou desde 1985 é ele mesmo uma disputa pela memória da transição política do regime autocrático de 1964 para o Estado Democrático de Direito propugnado pela Constituição de 1988 (Cattoni de Oliveira *in* Cattoni de Oliveira, 2020, p.381-414). Entre essas “cláusulas transformadoras” a “erradicação da pobreza” e a promoção do “desenvolvimento nacional” soam tão pretensiosas, no contexto de um “constitucionalismo periférico”, quanto os compromissos portugueses no destrinchado preâmbulo à Constituição de 1976.

Interessa-me *que*¹⁷ essa pretensão tenha assumido *essa forma*, enquanto deixo de lado questões sobre “*como* textos constitucionais podem operar essas transformações”. *Paradigmaticamente*, o constitucionalismo social surge, p. ex. na Alemanha, como uma resposta às contradições do constitucionalismo liberal autoritário da Alemanha Guilhermina, nesse caso tratava-se de transformar estruturas sociais calcificadas por um regime autocrático anterior, portanto a alteração no sentido dos direitos fundamentais só se traduziria na prática

qui active l'évolution de l'image du monde, vient des deux côtés: non seulement du côté de l'accumulation du savoir sur le monde mais aussi du côté de l'évolution sociale – et de ses crises. (Habermas, p. 58-59, 2021, *destaques do original*)

¹⁵ Para Marcelo Cattoni, o problema da efetividade está geneticamente ligado à formação da Teoria da Constituição como disciplina autônoma, tendo sido por ele redefinido nos termos de uma teoria sociológico-jurídica “que trata a relação de tensão ou, antes, de *contradição* (no sentido de Marx) entre os princípios do constitucionalismo e os processos políticos, sociais e econômicos no interior da própria realidade social, focada na questão da efetividade constitucional; ou a perspectiva do ponto de vista do observador e os processos políticos, sociais e econômicos, reconstruída como uma tensão, ou antes, como *contradição* (e não como um mero hiato ou contraste) no interior da própria realidade político-social e econômica” (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 129-130)

¹⁶ Ainda para Marcelo Cattoni, o problema da legitimidade também está geneticamente ligado à formação da Teoria da Constituição como disciplina autônoma, destarte foi por ele redefinido nos termos de uma teoria filosófico-política “focada na questão da *legitimidade do constitucionalismo*, ou a de uma teoria filosófico-política da justificação do constitucionalismo democrático a envolver a questão da própria legitimidade normativa do constitucionalismo, em que a autonomia (pública e privada) ou autodeterminação, que não se reduz a uma noção liberal ou republicana de liberdade, se apresenta na sua socialidade, como princípio moderno de legitimidade jurídico-política. Em outras palavras, a perspectiva, do ponto de vista do participante, de uma teoria da legitimidade constitucional.” (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 130)

¹⁷ O *quid*, portanto.

“[se movimentasse] as transformações que poderiam lhe conferir um verdadeiro novo âmbito de proteção¹⁸” (Queiroz, 2023, p. 37).

Nas críticas marxistas do (e ao) direito são comuns, diante de formas de mediação social tais como o direito, as tomadas de posição “externalistas” ou “internalistas” (Lima in Lima et Bello, 2010, p.299-315; Pazello, 2021b; Sartori, 2015, p.333-359). Externo ou interno com relação ao que? À própria forma de mediação, por exemplo, a liberdade de escolha só se realiza mediante opções determinadas e sob determinadas condições nas quais se reconhece a possibilidade de tomar uma decisão. Assim, na Guerra Civil Americana, antes mesmo de Abraham Lincoln assumir a bandeira antiescravista, Karl Marx já apoiava o Norte contra o Sul “totalmente reacionário”, afinal ele sabia que não se pode descartar as duas opções insuficientemente emancipatórias em benefício de um terceiro inexistente, por isso a vitória do Norte significou a realização do maior nível de liberdade inscrito na imanência da realidade (Anderson in Musto, 2023, p.308). Se o direito é uma forma de mediação das interações sociais realmente existentes, estou dizendo que a crítica marxista do (ao) direito oscila entre o idealismo, o niilismo e o dualismo¹⁹? (Adorno, 2009, p.173-174). Afinal, que significa estar (ao; no; entre) o direito? Em que outro lugar seria possível estar quando o objeto é um fenômeno jurídico, *e por isso mesmo*, um fenômeno social? (Cattoni de Oliveira, 2023a, p.70-77)

Essas perguntas serão respondidas ao longo das três seções intermediárias às considerações finais e à introdução. Em seu “*Constituição, Capitalismo e Democracia: Otto Kirchheimer e Franz Neumann sob Weimar*”, Henrique Pereira de Queiroz reconstrói a obra dos dois juristas marxistas frankfurtianos²⁰, F. Neumann e O. Kirchheimer²¹ em um contexto que é também de gênese da Teoria da Constituição como teoria autônoma em face da Teoria do Estado, da Teoria das Instituições Políticas e da Teoria Geral do Direito Público (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 24-31), a República de Weimar (Queiroz, 2022).

Assim como essa geração de marxistas acreditou que a *Constituição* seria o meio adequado para traduzir pretensões de transformar radicalmente a realidade germânica, vários

¹⁸ Nesse ponto de sua dissertação, Henrique Pereira de Queiroz esclarece em que sentido Otto Kirchheimer era cético quanto à efetivação do Estado Social de Direito visado pela própria Constituição de Weimar, isto é, conquanto uma interpretação adequada do “âmbito de operação” dos direitos fundamentais dessa Constituição lhe denunciasses a mudança de sentido, as transformações materiais necessárias à efetivação desse conteúdo não se operaram (Queiroz, 2023, p. 37).

¹⁹ Um dualismo reduplicado, como veremos.

²⁰ O próprio Henrique P. de Queiroz discute a relação tensa de Neumann e Kirchheimer com o chamado “círculo interno” do Institut: F. Neumann, por exemplo, é responsável por um dos diagnósticos do regime nacional-socialistas mais brilhantes já feitos, seu “Behemoth” não se subsume às teses de uma sociedade administrada sob um capitalismo de estado.

²¹ Ainda que H. Heller, H. Sinzheimer, H. Preuß, K. Renner, O. Bauer e M. Adler fossem os protagonistas desse debate, inclusive por uma questão geracional.

marxistas brasileiros participariam ativamente do processo de reconstitucionalização²², assim como nos anos seguintes à promulgação da Constituição, endossaram a interpretação segundo a qual o sentido da Constituição de 1988 só lhes era inteligível mediante a interpretação das suas cláusulas transformadoras.

Trata-se de um recorte, pois é o otimismo com o processo de reconstitucionalização que predomina entre os marxistas neste período. Porém interpretar a Constituição de 1988 como uma vitória da sociedade civil articulada em redes e coordenada em teias ao redor das pautas da Assembleia Constituinte, por um lado, e das “Diretas Já!” (Gohn, 2019), por outro lado, é interpretar a crise da ditadura militar enquanto o processo da retomada das esferas públicas por essa sociedade civil integrada²³ (Gohn, 2019). Nem todos os marxistas estavam dispostos a isso, ainda que *a questão prática* fosse a memória desse processo de transição da ditadura à democracia constitucional de 1988, vários marxistas não reconheceram na história da Constituinte e da Constituição a “inviabilização de uma tentativa de transição política “pelo alto”, planejada e a ser conduzida pelas elites políticas, decorrente justamente da ampla e não prevista mobilização e participação popular dos setores organizados politicamente da sociedade brasileira” (Cattoni de Oliveira *in* Cattoni de Oliveira, 2020, p. 386), alinhando-se à narrativa dos vícios originários que eivaram este processo, inviabilizando-o como expressão da autodeterminação política da sociedade brasileira, narrativa essa, aliás, compartilhada com os reacionários. Reacionários e progressistas interpretam o reinício do processo de constitucionalização brasileiro como uma “transição truncada²⁴” (Paulo Netto, 2014), enfim, como uma “constitucionalização sem democratização” (Pazello et Ribas *in* Ribas, 2014, p. 86-92). Exatamente porque é contra essa narrativa do “nosso fracasso constitucional” (Gomes, 2022, p. 213) que me volto, não posso transigir com leituras “axiológicas” do projeto

²² Sobre o problema do marco histórico no processo constituinte, manifesta-se Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: “o processo constituinte de 1987-1988 é um marco importantíssimo na história brasileira de um processo de constitucionalização que se reinicia antes mesmo do momento de promulgação do texto da Constituição e que se expressa tanto na tensão constitutiva entre desterritorialização e reterritorialização presente em sua declaração de direitos e seus princípios fundamentais quanto no caráter infuturante – histórico, polêmico e dinâmico, embora não relativo – desses direitos e princípios. Numa leitura reconstrutiva, o processo constituinte de 1987-88 resgata, pois nele também se expressam, os princípios de autonomia e de emancipação das grandes revoluções do final do século XVIII – a liberdade, a igualdade e a fraternidade – sobre o pano de fundo da história política brasileira: ele, assim, se faz ‘herdeiro sem testamento’ de um processo de constitucionalização, perpassado por lutas por reconhecimento de atores e de direitos, que se desenvolve há pelo menos duzentos anos, todavia, de modo não linear, sujeito a tropeços e interrupções. Assim, cabe também resgatar nossa história política aqui e agora e relê-la no sentido da afirmação de princípio de que só em liberdade se garantem condições para o exercício da liberdade” (Cattoni de Oliveira *in* Cattoni de Oliveira, 2022b, p. 562-563).

²³ “Constituições não se fazem da noite para o dia, somente em momentos de elevada integração social” (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p. 133-162)

²⁴ Como mais uma das nossas “transições pelo alto”, intermediada por um pacto entre as elites, dando continuidade a uma história sem rupturas revolucionárias sofrida pelo povo na qualidade de espectador bestializado, mas jamais escrita por ele mesmo, o povo (Gomes, 2022, p.65-68).

constituinte de 1988, o utopismo constitucional é uma categoria na medida em que designa uma postura política ingênua que nega haver discordâncias sobre os fundamentos do direito, sobre *o que é o direito* (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 131-139). É mais: nega-o mesmo quando a questão controversa é um determinado princípio determina ao legislador em matéria de políticas públicas para a garantia de direitos sociais.

Ato contínuo, o contexto de gênese de novas constituições transformadoras é a crise do constitucionalismo no período pós-guerra fria. Na reconstrução proposta por Bercovici, as constituições liberais restringiam-se a um *“instrument of government”* na medida em que garantiam o *status quo* (Bercovici, 1999, p.37-38). O critério de validade imanente à sociedade em que estas se institucionalizavam era a efetivação de uma sociedade de indivíduos proprietários livres e iguais, capazes de perseguir seus ideais de vida boa no mercado em condições equitativas, desde que se lhes garanta uma esfera de autonomia frente à ingerência estatal (Bercovici, 1999, p.35-38). Assim, constituições transformadoras pretendem ser “um plano de transformações sociais e do Estado” (Bercovici, 2013, p.291), instaurando um *“government by policies”* (Bercovici, 1999, p.37), por isso contém *“cláusulas transformadoras”*, fins e tarefas do Estado que contrastam *“a realidade social injusta e o imperativo de eliminá-la”* (Bercovici, 2013, p. 294-295), impedindo que se tomem por realizadas mudanças que ainda precisam se consumir, e não mediante a simples *jurisdição constitucional*, mas sim mediante o comprometimento do Estado a sempre agir visando ao cumprimento dessas tarefas (Bercovici, 2003, p. 294). Porém, se a preocupação, tanto em Weimar como no Brasil, era com a efetividade de direitos formais, como explicar que cláusulas constitucionais convivam com a sua negação na realidade? A sua efetividade jurídica pressupõe um caráter progressivo, dinâmico e sempre inacabado, mas permanentemente atuante na concretização constitucional (Müller *in* Lima *et* Bello, 2010, p. 283). O problema é que a clareza dessa formulação nas linhas de Friedrich Müller se perde na mera “instrumentalização” e tem de se harmonizar com digressões sobre um objetivo derradeiro: a *superação do subdesenvolvimento* em Gilberto Bercovici e em Martônio Mont’Alverne Barreto Lima (Bercovici, 2022, p. 57; Lima *in* Lima *et* Bello, 2010, p.312²⁵). Como é logicamente possível

²⁵ No caso de Martônio, destaco: “Na realização deste diálogo [entre marxismo e teoria da constituição dirigente], faz-se necessária a clareza sobre os limites da constituição dirigente. Numa prospectiva marxiana, como chama a atenção Norbert Reich, o Direito deve ocupar seu lugar como Direito de uma “práxis teórica”, uma vez que o “critério da verdade”, em Marx, repousaria na própria prática teórica. Assim é que a constituição dirigente no subdesenvolvimento deve ser observada e concebida como instrumento constitucional da prática cotidiana do governo que, em concordância com os ditames da própria constituição, impõem à realização da intervenção do Estado e à Sociedade. Conceber o Direito nesta ótica como único elemento possibilitador ou imobilizador de reivindicações emancipatórias seria um equívoco; nem ao Direito – isto é à constituição dirigente – pode ser

pressupor a efetividade da constituição dirigente como um processo de efetivação progressiva, dinâmica, inacabada, enfim, insaturável, se afinal ela deve ser funcionalizada à superação subdesenvolvimento? Nesse caso nem mesmo os direitos e garantias fundamentais devem ser garantidos jurisdicionalmente se não estiverem em conformidade com a superação do subdesenvolvimento? Este é o problema do *utopismo constitucional*.

Princípios *como* valores e regras são os componentes unitários da arquitetura normativa das constituições transformadoras: contudo, nem mesmo as regras jurídicas contém em si todas as suas hipóteses de aplicação, não prescindindo da totalidade do ordenamento para a sua adequada interpretação. Para usar uma alegoria, somos consequentes com o domo das cláusulas transformadoras quando podemos atravessar os átrios da interpretação pelas direções corretas: a leitura das instruções da abóboda das cláusulas transformadoras não é um exercício similar à projetiva observação das nuvens, mas sim uma decisão consequente diante da realidade dos valores objetivos (Bercovici, 2003, p. 293). No entanto, essa abertura do texto constitucional à interpretação é uma exigência lógica e não uma liberalidade: a concretização do sistema constitucional efetiva todos os preceitos constitucionais. Por isso, conciliam-se os princípios da unidade e da proporcionalidade mediante o método da ponderação dos valores necessária a cada caso em concreto apresentado (Bercovici, 1999, p.46).

atribuída tarefa de tamanha envergadura, nem à política deve ser relegada ao grau de mecanicismo, limitada ao que as previsões normativas estabelecem. Daí deriva o fato de que as correntes interpretativistas-normativistas sobre Direito Constitucional, muito além de reduzirem a atuação da própria política – e da política democrática – resvalam para uma autonomia que Direito, Economia etc., sozinhos não possuem no âmbito das tensões sociais. O mesmo pode ser imputado à natural decorrência do resultado concreto apregoadado pelas mesmas correntes normativistas, ou seja, o mundial fenômeno da judicialização da política. *Tem-se o deslocamento dos conflitos para o palco do judiciário, em vez de se operarem, tais processos conflituosos, no terreno da disputa política, agora imenso e legítimo palco social.* A concepção de uma ‘práxis teórica’ para a *constituição dirigente do subdesenvolvimento*, além de reveladora das desigualdades sociais e regionais de um território diversificado como o brasileiro, além da importância entre capital e trabalho, mercado e produção, com a clara sua opção pelo intervencionismo, revela a totalidade dos elementos a interagirem na esfera do Direito, enriquecendo análises, trazendo com isso uma outra dimensão da utopia; aquela do concreto, da esperança, como diria Ernst Bloch; *a esperança concebida a tratar da energia humana, traduzida pela paixão do êxito sobre o fracasso. A energia a movimentar a esperança será a ação, sempre para frente, em direção aos objetivos que se impõe perante o homem em sociedade.* Daí deriva a crítica de Bloch a Hegel e Freud. *O futuro, o infinito vir-a-ser, é de Marx, que conclamou todos os homens do mundo numa perspectiva universalista.* Pois desta forma é que devem ser compreendidos, por exemplo, os direitos fundamentais e a constituição dirigente. *Liberdade de expressão de pensamento, de reunião, direito de greve não deveriam ser objetos de garantia. Não se trata, sob esta ótica e para Bloch, sobre direito de alguma coisa, mas de direito “para”, em “direção” a alguma coisa. Assim é que a “liberdade final” seria uma liberdade que não se oporia à ordem, mas seria dela parte, “uma ordem concebida numa sociedade pura e simplesmente não coercitiva. De uma estrutura não antagônica. A contribuição marxiana para o Direito poderá então ser aquela da construção de práxis teórica do cotidiano, o quê, no caso da constituição dirigente no subdesenvolvimento poderá consistir na advertência que a esperança no futuro depende da ação humana.* Decorre, pois, deste ponto o fato de que os revolucionários muito têm a ganhar com a legalidade democrática, para também preservá-la no futuro. Este lugar da política não lhe pode ser retirado pelo esperto jogo semântico, a deitar análises sobre a constituição dirigente e a função de suas normas a partir do conteúdo das próprias normas” (Lima in Lima et Bello, 2010, p. 312-313, *destaques meus*).

Martônio Mont’Alverne Barreto Lima coloca em relevo a função de mediação exercida pela constituição entre o direito e a política *contrafactualmente* - e circunscreve “o potencial crítico marxiano para o Direito [como algo relacionado] bem mais com o princípio da totalidade das tensões sociais, onde a crítica à acumulação do capital, à produção *incluem* a instância do jurídico (Lima, 2004, p. 424-425). Uma formulação límpida do que particulariza este Utopismo Constitucional é fornecida por um ex-orientando de Mont’Alverne Barreto Lima: para ele, a constituição deve ser compreendida, a um só tempo, enquanto fruto de um processo histórico, social, econômico, político e cultural, como cristalização de respostas dadas pelos grupos sociais vitoriosos em determinada disputa política, e como um símbolo e chave interpretativa para o horizonte temporal que se estende para além e para aquém dela mesma (Bello, 2019, p. 370). Assim, a normatividade constitucional é hipertrofiada, em que pese a fórmula da constituição como “documento da política” (Lima, 2012, p. 207-212), designa-se a instanciamento da totalidade das tensões sociais como projeto de transformação da sociedade que pressupõe a *práxis* social (Lima, 2012, p. 207-212). Nesse sentido – como pacto e projeto -, a normatividade constitucional, antes hipostasiada, agora é *estreitada*, pois o sentido da “legalidade” é adscrito ao sentido originalmente pactuado²⁶, ao passo que o sentido da sua legitimidade é subordinado a uma cláusula suspensiva das transformações sociais com as quais se compromete.

No Brasil, o constitucionalismo transformador foi recepcionado por meio da Teoria da Constituição Dirigente de Gomes Canotilho, refratando-se entre constituições dirigentes revolucionárias²⁷ e evolucionárias, respectivamente, a Constituição portuguesa de 1976, por um lado, e a Constituição espanhola de 1978 ou a Constituição brasileira de 1988 (Lima, 2004, p. 421; Bercovici, 2013). O grande desafio à democracia brasileira de então era concretizar os programas normativos cujos âmbitos de aplicação implicavam a regulação da economia pelo Estado, pois uma democracia constitucional é incompatível com as sociedades desiguais. Não raro, nestas sociedades iníquas, uma grande quantidade de poder social se concentra em poucos agentes individuais, algo típico em sociedades periféricas (Bercovici, 2014, p. 8). Não é por acaso que alguns marxistas argumentaram, como Gilberto Bercovici, que

o direito constitucional, em uma análise marxista, pode ser convertido em importante ferramenta para a consolidação democrática e para a recuperação do poder estatal e em especial acaso não se considere o direito como um mero reflexo da estrutura econômica (Bercovici, 2014, p.8, *tradução livre*)

²⁶ Em diálogo com Michel Rosenfeld, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira lembra-nos do problema do estabelecimento de uma “linha de continuidade” que nos uniria enquanto sociedade “a fim de pudéssemos falar em uma identidade constitucional”: neste caso ainda que fosse possível resgatar intenção original do constituinte, permaneceria a questão sobre quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante (Cattoni de Oliveira, 2006, p. 45-46)

²⁷ Cf. Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 222-228.

De fato, ao pretender reconstruir a Teoria Constitucional por meio de uma *Teoria Constitucional Material concebida como uma teoria social*, Gomes Canotilho responde às questões paradigmáticas da Teoria da Constituição (Bercovici, 2014, p. 9; Cattoni de Oliveira, 2023b, p.36-63). Na medida em que as promessas imanentes ao constitucionalismo liberal foram “falseadas”, para usar outra alegoria, o constitucionalismo liberal é como que impelido a atravessar os processos democráticos de outra forma: na medida em que a ação político-estatal avançar nas tarefas prescritas ao Estado e efetivar, à maior proporção possível, os valores constitucionalizados, a política, é legitimada. Por outro lado, na medida em que o processo de concretização constitucional envolve sempre operações hermenêuticas, há o risco de que valores alheios à ordem constitucional se imponham gerando o que Marcelo Neves denomina de “concretização desconstitucionalizante” (Neves, 1996, p.321-330). Portanto, o problema da efetividade constitucional é reformulado em termos de um imperativo de concretização constitucional efetivado por meio da ação política.

Seja como for, as relações entre legalidade, efetividade e legitimidade são redefinidas em detrimento da legalidade, imprimindo à legitimidade e à efetividade os sentidos de legitimação e efetivação²⁸. Assim como elas, também as relações entre Constitucionalismo e Democracia; Constituição e Política são redefinidas.

Do ponto de vista do participante sem, contudo, negligenciar o ponto de vista do observador (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 97), o que distingue o enfoque típico da Teoria da Constituição é seu enfoque crítico-reflexivo ou problematizante que se diferencia de unilateralismos que reduzem o estudo da constituição à dinâmica interna das forças políticas e sociais ou ao estudo dos seus aspectos jurídico-formais, na verdade “o que a Teoria da Constituição busca, portanto, é compreender a normatividade como parte de seu próprio contexto político-social”(Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 97). Nesse sentido, a Teoria da Constituição deve ser entendida como chave interpretativa do Direito Constitucional

[...] pode-se recuperar a perspectiva *problematizante* e não meramente dogmática que marca, desde o início, o enfoque específico da Teoria da Constituição, todavia agora no marco da Teoria Crítica da Sociedade, como veremos no próximo capítulo, e a necessidade de se abrir a dogmática jurídica de *dentro para fora*, do ponto de vista do participante, buscando mostrar suas implicações não só normativas, mas político-sociais e econômicas, também do ponto de vista do observador. No sentido da superação do enfoque dualista, que ainda permanece na proposta loewensteiniana de uma ontologia das constituições, propõe-se que uma *Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade* assume o papel central de *chave interpretativa* do Direito Constitucional Democrático e, por isso, de todo o direito, sem, contudo, desconsiderar

²⁸ Para uma crítica a essa concepção, conferir Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 87.

a tensão entre o ponto de vista do participante e o do observador. O que significa dizer, do ponto de vista do participante, que a Teoria da Constituição contribui para a compreensão, e sobretudo para a reconstrução do Direito Constitucional (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 113, *destaques do original*)

Esta tese – segundo a qual deve-se entender a Teoria da Constituição como chave interpretativa do Direito Constitucional – propõe que a Teoria da Constituição possa auxiliar na compreensão e na reconstrução do Direito Constitucional. No entanto, se minha leitura não estiver equivocada, ela também postula que *qualquer autor que se ocupe de categorias e problemas típicos da Teoria da Constituição projeta inelutavelmente ao menos uma preconceção teórico-constitucional*. Assumindo a correção deste argumento, é hermeneuticamente plausível reconstruir os fragmentos de uma teoria da constituição na forma de uma constelação categorial²⁹. No caso do *Utopismo Constitucional*, como a *legalidade* é reduzida à simples *textualidade* jurídica, os problemas da *efetividade constitucional*, e particularmente da *legitimidade constitucional*, são hipostasiados e enfrentados sem as mediações necessárias entre si. Enquanto isso o enfoque excessivamente normativo típico de uma *Teoria Tradicional do Direito* (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 209) projeta no problema da efetividade a esperança utópica de uma realização progressiva e linear da normatividade constitucional na dimensão do tempo histórico. Se o problema da efetividade constitucional é pensado em termos da concretização de um estado de coisas no mundo objetivo e não no mundo social, ou seja, em termos de correspondência, o problema da legitimidade constitucional é pensado em termos de um “critério epistêmico de verdade” referente ao “mundo objetivo” e não ao “mundo social” (Habermas, 2018, p.33-103). A questão é colocada por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira nos termos do “tema do controle de constitucionalidade das leis, num país de modernização altamente seletiva como o Brasil” (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 209), que

estava – e ainda está – a requerer urgentemente um tratamento adequado em termos reconstrutivos, sobretudo quando se tem em vista os recorrentes momentos de inércia e de déficit de integração social que, da perspectiva do participante, são tradicionalmente percebidos e interpretados, pelas teorias jurídicas especializadas em questões normativas, como um hiato entre um Direito Constitucional que se pretende legítimo e realidades político-sociais e econômicas recalcitrantes, um contraste entre o *ideal* a ser buscado e a *crua realidade*. (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 209, *destaques do original*)

Por outro lado, para Gilberto Bercovici, o *Constitucionalismo* deve ser entendido como uma filosofia política que justifica a estabilização da ordem constitucional no período

²⁹ Devo essa formulação a uma sugestão do Professor Doutor David F. L. Gomes.

revolucionário, pois a burguesia foi uma protagonista das Revoluções Modernas, mas não foi artista solo: havia outros atores sociais que liam a igualdade escrita na bandeira da burguesia de um outro modo. Enfim, o constitucionalismo era *ideologia*. Como técnica que prepondera sobre a política. Como antagonico à democracia.

O constitucionalismo, e o direito constitucional³⁰, estão estreitamente vinculados com o liberalismo. [...] O constitucionalismo do século XIX se coloca em confronto com a revolução e seus corolários: poder constituinte, soberania popular e expansão da democracia. A valorização da constituição como norma é utilizada para fazer frente ao discurso revolucionário da soberania popular. *O constitucionalismo busca a estabilidade ameaçada pela interpretação radical e democrática da revolução. Mais do que isso, o ciclo polibiano das formas de governo vai ser imobilizado pela pretensão de eternidade do liberalismo.* O constitucionalismo e sua pretensão de permanência, caracterizada pela rigidez constitucional, tenta evitar a degenerescência em forma política liberal, *buscando encerrar a contingência e o dinamismo da política* expostos por Maquiavel (Bercovici, 2020, p. 176, *destaques meus*)

O constitucionalismo alemão, por sua vez, particularizava-se pelo princípio monárquico, residindo a soberania no rei, a constituição era interpretada como uma sua autocontenção, conquanto este “constitucionalismo de aparências” (até 1849) não afastasse as tensões entre os representantes e as medidas reais. A tendência termidoriana será reconduzida da Escola Histórica à Jurisprudência dos Conceitos, afastando do mundo romano-germânico a possibilidade de qualquer manifestação da soberania popular: se na Escola Histórica o direito sempre mediado pelo *Volksgeist*, a Jurisprudência dos Conceitos pressuporá um direito formal constituído racionalmente, coerente e sem lacunas. Para Bercovici, a classe dos juristas, dessa forma, blindava o poder impedindo até mesmo as mudanças históricas, pretendo cimentar o tempo. Progressivamente o constitucionalismo passou a soçobrar face à tensão com os movimentos proletários de todo o mundo, a revolução de 1848 demarcou a ruína do Antigo Regime e, nas relações internacionais, o Sistema da Antiga Aliança. Na reconstrução de G. Bercovici, seus atores são

liberais e socialistas. Laboulaye, por exemplo, critica a Revolução de 1848 por seu rompimento brusco com a tradição liberal, pensando em regenerar o mundo. A utopia

³⁰ Não se pode desconsiderar que a primeira edição de “Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo” foi originalmente publicado pela Quartier Latin em 2008, no contexto de ascensão dos debates sobre Jurisdição Constitucional. Com esta observação não pretendo senão contextualizar este excerto: “O direito constitucional não é meramente técnico, mas é político, pois deve tratar da difícil relação da constituição com a política, pois é direito político, isto é, a constituição está situada no processo político. *A normatização unilateral da constituição gerou sua dessubstancialização, ignorando este seu caráter político. O entendimento da constituição exclusivamente como norma jurídica provocou a ampliação das questões sobre interpretação e aplicação do direito constitucional, hoje no centro do debate constitucional. A jurisdição constitucional, assim, assumiu a pretensão de reduzir e concentrar nela toda a problemática da teoria da constituição, abandonando questões centrais, como a democracia*” (Bercovici, 2020, p. 14-15)

constituinte criou uma república de fantasia. A classe trabalhadora, de acordo com a visão do contemporâneo Lorenz von Stein, nunca havia atuado como um poder independente antes da revolução de 1848. Foi em 1848 que o proletariado se impôs como classe social. Karl Marx afirma que foi o proletariado quem forçou a proclamação com base no sufrágio universal. Ao fazer a revolução ao lado a burguesia, o proletariado se tornou uma força política organizada, capaz de exigir a organização do trabalho e preparar o terreno para lutar por sua emancipação revolucionária. No entanto, em 1848, o proletariado não foi capaz de fazer sua própria revolução. Tocqueville, por sua vez, ressalta o caráter popular e socialista da revolução de 1848, que teria imposto à burguesia, embora em menores proporções, o que os revolucionários de 1792 haviam imposto à nobreza ‘o medo’. (Bercovici, 2020, p. 210).

No mundo inteiro vive-se um “*momento constituinte*” outra vez, conquanto os mecanismos de exceção, tais como como o Estado de Sítio, tenha passado de mecanismo constitucional, na visão de Bercovici, para “arma na luta de classes” (Bercovici, 2020, p. 211) Progressivamente esta tecnologia à serviço da burguesia reacionária, assim como os regimes bonapartistas, passou a soçobrar diante das lutas dos movimentos operários por toda a Europa

Nas Revoluções Burguesas³¹, especialmente na francesa, “Constituição e revolução coincidem. A concretização da Revolução é a constituição. Com a perpetuação do estado revolucionário, tornam-se incompatíveis. A constituição passa a ser exigida por aqueles preocupados em terminar a revolução, vista agora como geradora de desordem., não de ordem. [...] Na passagem do estado revolucionário para o estado ordinário, se fez necessária a função ordenadora e estabilizadora da constituição. O ato constitucional vai, assim, bloquear a revolução.” o constitucionalismo concorre com a democracia, mas opta-se aqui pela democracia. Enquanto isso, a democracia representa a efetivação do princípio da Soberania Popular, cuja força de empuxo exercida sobre as Constituições permite ao poder constituinte de tempos em tempos manifestar-se, colocando em crise ordens constitucionais vigentes, reestabelecendo-se por outro período, outra ordem constitucional. Embora a Constituição seja um fenômeno historicamente contingente, encerra tendências contraditórias em seu conceito. Por um lado, pretende estabilizar a ordem político-social e racionalizar o exercício do poder político, enquanto por outro lado, positiva um ideal de autonomia radical por meio do qual se extinguem os privilégios feudais e se garantem os direitos de liberdade, o que só pode ser feito por meio de uma ruptura revolucionária com a ordem que lhe antecede (Fernandes; Queiroz; Moreira, 2023, p. 4).

O constitucionalismo é tensionado pelas lutas por direitos do proletariado, e o proletariado conquistará mais que *direitos políticos* entendidos como direitos sociais, mas o *direito ao trabalho*, toda a arma da reação não fora suficiente para resistir ao potencial explosivo das *lutas por direitos constitucionais* (Bercovici, 2020, p.210-214). Por isso “a partir de 1848, o liberalismo não hesitaria em escolher como conservador Donoso Cortés, a ditadura do governo, a *ditadura* que vem de cima, *constitucionalizada* sob a forma predominante de estado de sítio” (Bercovici, 2020, p. 213-214, *destaques meus*). O Estado de Sítio é a garantia encontrada pelo Estado de Direito burguês para conviver com a exceção, constitucionalizando-

³¹ Segundo Fioravanti, e para Bercovici.

a. A questão social, ainda que implementada na textura constitucional, seria neutralizada politicamente (Bercovici, 2020, p. 218).

O Estado de Sítio vai ser incorporado no artigo 106 da constituição francesa de 1848, como consequência da revolta operária de Paris, em junho de 1848. A Lei de 9 de Agosto de 1849 (*Loi sur l'État de Siège*), elaborada por um legislativo de maioria monárquica e hostil à esquerda, foi utilizada pela primeira vez em 2 de dezembro de 1851, durante o golpe de Estado de Luís Bonaparte contra a própria assembleia que a havia elaborado. [...] A necessidade do estado de sítio, para Reinach, se justificaria pela constatação de que as leis de salvação pública, quando bem empregadas são o corretivo natural e a condição de existência das instituições livres. As leis ordinárias são feitas para os tempos ordinários, o estado de sítio representa a necessidade da ditadura como prática, não como instituição, consistindo em uma ditadura constitucionalmente organizada (Bercovici, 2020, p. 222-223)

Sob a Constituição de 1891, a utilização do Estado de Sítio e sua prorrogação sucessiva foi a regra no Brasil, motivou a impetração de um *Habeas Corpus* por parte de Rui Barbosa perante o Supremo Tribunal Federal, cujo fundamento era o não cumprimento dos requisitos constitucionais para a decretação da medida (Bercovici, 2020, p. 224). No entanto, em 27 de abril de 1892, o Supremo Tribunal Federal negou a ordem com fundamento na *doutrina das "questões políticas"*, portanto, era uma questão entregue ao simples alvitre do Presidente da República verificar a ocorrência dos requisitos que autorizam a sua decretação ou não. Essa crítica de Gilberto Bercovici, feita do ponto de vista da História dos Conceitos, precisaria ser aprofundada do ponto de vista do participante dos processos sociais mediados constitucionalmente. Afinal, este problema permaneceria adscrito ao seu *contexto de gênese*? Ou quem sabe ele seria permearia o constitucionalismo, de certa maneira até hoje em dia?

No que se refere, especificamente, à problemática acerca do controle judicial de constitucionalidade e de regularidade do processo legislativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, há pelo menos vinte anos, oscilava entre um formalismo jurídico e uma desjuridicização das questões de regularidade regimento do processo legislativo. O formalismo jurídico se revelava no modo de apreciação da validade jurídica dos atos processuais legislativos (uma questão ainda tida como meramente *formal*), isolando-os e separando-os da cadeia procedimental a que pertencem. A desjuridicização das questões acerca da regularidade regimental do processo legislativo é realizada com base num sistemático alargamento por parte do Supremo Tribunal Federal do que se deve entender como sendo 'matéria *interna corporis*' ao legislativo: em sua maioria, de verificação por parte do Judiciário, porque não seriam passíveis, em sua maioria, de verificação por parte do Judiciário, porque a interpretação e a aplicação do Regimento Interno das Casas Parlamentares fariam parte da reserva de competência exclusiva das mesmas (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 212, *destaques do original*)³²

³² A referência de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira é ao ano de 1998, ano de defesa da sua tese, hoje já na terceira edição "Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional das leis leis e do processo legislativo" (Cattoni de Oliveira, 2011).

Como o demonstra Cattoni de Oliveira, os problemas do “*formalismo jurídico*” e da “*desjuridicização das questões de regularidade regimental do processo legislativo*” seriam característicos da jurisprudência do STF desde pelo menos fins dos anos 1970. Enquanto isso, o enfoque normativista não seria capaz de enfrentar este problema de maneira produtiva. Um caso paradigmático do formalismo jurídico, criticado por Menelick de Carvalho Netto em sua tese “A Sanção no Procedimento Legislativo” foi a edição da antiga Súmula n. 5,

o Supremo Tribunal passa a assumir, a partir da Representação de Inconstitucionalidade n. 890/1974, a posição segundo a qual *o descumprimento de normas constitucionais que estabelecem a iniciativa legislativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo por parte de parlamentares macularia de forma insanável o processo legislativo e, assim, a lei dele resultante, ainda que, através de sanção, o Chefe de Estado e de Governo aquiescesse com a propositura da lei*. Esse entendimento jurisprudencial não considera nem a iniciativa nem a sanção como atos jurídicos que fazem parte de fases diferentes de uma mesma série procedimental, estruturada por uma forma específica de interconexão constitucional e regimentalmente prefigurada, cuja validade e eficácia devem ser analisadas a partir da unidade de cada procedimento (princípio da unicidade do procedimento) e com referência à finalidade específica desse último, ou seja, da perspectiva da preparação (ou do fazer-se) de um determinado provimento legislativo (princípio da economia procedimental, combinado com o princípio da continuidade ou da dependência funcional da série procedimental). (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 213-214);

Esse formalismo jurídico não é inofensivo, pois contribuiu para a redução do processo legislativo a um “mero rito legitimador de decisões já tomadas no interior das burocracias do Estado ditatorial” (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 214), fundado em uma compreensão autoritária do que é a representação política. Não é menos séria a questão do alargamento das “*matérias interna corporis*”, exemplar da “*desjuridicização das questões de regularidade das questões de regularidade regimental do processo legislativo*”:

Esse alargamento se revela através de posições jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal segundo as quais a interpretação do Regimento Interno das Casas Parlamentares seriam procedimentos que se resolveriam, privativamente, no interior das próprias Casas. Nesse sentido, o controle judicial de regularidade do processo legislativo só poderia ser exercido se *imediatamente* referido a *requisitos procedimentais* previstos diretamente pelo *texto constitucional* (como no caso do disposto nos §1, do art. 47, da Constituição de 1967/69, e §4º, do art 60, da Constituição de 1988), e não simplesmente com base nos referidos Regimentos, como afirmado em 1980, no MS n. 20.257-DF e, assim, repetidas vezes, p. ex, nos MS n. 21.642-5-DF e MS n. 21648-4-DF (DJ, 19/09/1997) (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 214)

Ato contínuo, Gilberto Bercovici chama a atenção para o fato de que, na Alemanha, a constitucionalização da exceção não limitará as suas hipóteses de configuração,

Segundo Jellinek, *a necessidade é fonte do direito*. Em sua opinião, os fundamentos do Estado suscitam a necessidade, *não apenas nos tempos de crise, mas no curso da vida normal. A necessidade pode modificar a organização estatal contra a letra da constituição*, sendo, para Jellinek, *a necessidade política é um dos principais fatores de mutação e transformação constitucional*. Este é, para Jellinek, *o limite da investigação de direito público*: a constituição está em posição de equilíbrio instável, dependendo completamente das forças sociais para manter esse equilíbrio ou promover modificações. Uma nova ordem jurídica se cria mediante um poder que funciona de modo contrário ao direito, por um órgão do Estado que julga sua competência por si mesmo e o afz de maneira ilimitada. A conformidade ou a transgressão da norma dependem das forças sociais sobre as quais se funda a ordem jurídica. Segundo Jellinek, *os fatos são o elemento destruidor e o elemento criador do direito*” (Bercovici, 2020, p. 227, *destaques meus*).

Na França e nos Estados Unidos da América, por sua vez, configura-se primado do Executivo:

o bonapartismo francês segue o exemplo do presidencialismo norte-americano, reforçando o poder executivo que dirige e governa a nação. No entanto, na França, a faceta é mais repressiva do que nos Estados Unidos, em que o presidente pode facilmente transitar entre o estado de exceção e a normalidade, sem alterações institucionais profundas. Entre outros fatores isso se deve ao fato de o presidencialismo francês de 1848 ter sido um resultado contrarrevolucionário fruto do massacre dos operários em junho de 1848. Na França, o presidencialismo foi adotado pela constituição de 1848, com a previsão da eleição direta por sufrágio universal do presidente. Nas eleições de 10 de dezembro de 1848. Desde 1849, Luís Napoleão utiliza o discurso da pátria em perigo, ameaçada pela anarquia e pelo socialismo e, com a justificativa da manutenção da ordem pública, reduz o exercício das liberdades fundamentais, os próprios liberais adotam esse discurso. (Bercovici, 2020, p. 230)

De fato, o discurso de Laboulaye justificava o Estado de Sítio com base na insegurança, pois *“não havia proteção outorgada ao capital e à indústria”*, tal instabilidade teria sido produzida pela Constituição de 1848. O princípio do bonapartismo francês é sua *estratégia de legitimação*: através da via eleitoral, ainda que o Chefe do Executivo fosse “intérprete da nação”, as legislações inclusivas foram utilizadas como deixa para a imposição de uma democracia aclamatória e plebiscitária: o Chefe do Executivo permitia a identidade entre governantes e governados. Até mesmo essa legislação era alvo de limitações arbitrárias. Nos Estados Unidos, a partir da segunda metade do século XIX o Presidente da República se converterá em ditador comissário sem que seja necessário passar pelo crivo parlamentar prévio: com base na *“public safety”*, este pode legislar tendo por objetivo a salvação nacional.

O movimento socialista se fortalecerá demasiado na segunda metade do século XIX, forçando ainda mais avanços democráticos favoráveis ao operariado, sua organização internacionalista contrastava com a desarticulação dos Estados-Nação. Por outro lado, com o fracasso da insurgência em Paris, Marx percebeu que a *legalidade poderia tornar-se uma arma*

contra a própria burguesia, na medida em que esta não conseguia mais assegurar a ordem e governar sob o Estado de Direito.

Bismarck será alçado à chancelaria prussiana em 1862 em meio a um “*lock-out* constitucional”: a negativa de aprovação da lei orçamentária por parte dos parlamentares. Percebendo que o sistema constitucional alemão não prescindia da aprovação legislativa, Bismarck instaura o estado de exceção, conquanto a questão não seja relativamente pacificada senão em 1866 com a promulgação da Lei de Imunidade, que ratifica todos os seus decretos, justificados com base na capacidade do Estado de possuir formar uma vontade autônoma com relação aos seus órgãos. De qualquer forma, “o bonapartismo de Bismarck fica visível na sua constante ameaça de tomar decisões além da constituição e chegar ao limiar da ruptura em todos os conflitos entre o princípio monárquico e a assembleia representativa” (Bercovici, 2020, p. 235).

P. Laband defenderá as medidas excepcionais fundamentando-as no silêncio da Constituição sobre esse conflito e no princípio da conservação do Estado em detrimento da Constituição. Já F. Lassalle, oporá às definições formais da constituição um conceito da essência da constituição enquanto

a soma dos fatores reais de poder que regem um país que, ao serem incorporados a um papel, são erigidos em direito. Há assim, duas constituições: a real e efetiva, formadas pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e a escrita, chamada por Lassalle de “folha de papel”, *que seria específica dos tempos modernos.* (Bercovici, 2020, p. 236)

Essa definição produz uma reorientação relevante: nos países nos quais a constituição reflete os fatores reais de poder, a constituição jamais será pauta de qualquer partido, pois “o grito em defesa da sua conservação é, para Lassalle, a prova de sua caducidade, como estava ocorrendo em relação à constituição prussiana” (Bercovici, 2020, p. 236). Lassalle implica o próprio Bismarck na discussão, para quem as questões constitucionais resolvem-se pela prática dos fatores reais de poder e não por teorias. Portanto, caberia ao parlamento proclamar a verdade, denunciando o “*pseudoconstitucionalismo*” prussiano, revelando o governo como absolutista que era (Bercovici, 2020,236) Por fim, o papel do Estado haveria de ser positivo, especificamente como cooperativa da classe trabalhadora: não obstante, o Estado só exercerá a pressão por medidas duradoras e efetivas se o operariado conquistar sufrágio universal (Bercovici, 2020, p, 237). O ponto fulcral desse debate é a divergência entre Marx e o “socialismo de Estado de Lassalle”. Enquanto Lassalle acredita num socialismo imposto de

cima para baixo, Marx defende “a revolução auto emancipadora do proletariado” (Bercovici, 200, p. 237). Inclusive, na sua “Crítica da Filosofia do Direito de Hegel”,

Na democracia, que consiste na verdadeira unidade do universal, e do particular, a constituição é a autodeterminação do povo. Ou seja, a constituição não existe em si, mas segundo a realidade, em seu fundamento real, o povo concreto. A constituição é um produto livre do homem. (Bercovici, 2020, p.23)

Não obstante, qual o *status* do Poder Legislativo face à Constituição? Para Hegel, a um só tempo, o legislativo pertence à constituição, ainda que a constituição pressuponha um poder legítimo antes e fora da constituição: este é o seu duplo significado: por um lado, princípio de organização do universal, transcende a própria constituição. No entanto, a constituição não se faz por si mesma. É preciso que exista ou tenha existido um poder legislativo antes de toda constituição (Bercovici, 2020, p. 238). E, conquanto Marx não seja um teórico do poder constituinte *stricto sensu*, revela-se um teórico do poder constituinte *lato sensu*, afinal à economia de trocas capitalista, à alienação econômica corresponde uma *alienação econômica*:

Marx afirma que a verdadeira questão é se o povo tem o direito de se dar uma nova constituição. E a resposta só pode afirmativa. A Constituição são as determinações políticas universais de cada povo que resultam na acomodação entre o Estado Político e o Estado não político. A antinomia, assim, pode ser resolvida com a distinção francesa entre “*assemblée constituante*” e “*assemblée constituée*” (Bercovici, 2020, p. 239, *destaques meus*)

Seja como for, os anos de 1848 a 1851, demonstram a Marx que a burguesia só pode manter a forma da república constitucional violando a Constituição. Na verdade, a burguesia teve de ceder o poder a um ditador bonapartista para manter as classes subalternas sob o seu jugo. No entanto, foi na Comuna de Paris, em 1871 (Bercovici, 2020, p. 241) enquanto realização da soberania popular na história ou antes, como *aparição da forma política da sociedade comunista*, que a burguesia foi como nunca realmente ameaçada. Enquanto isso o movimento socialista ganharia força e decalcaria o seu discurso nacionalista. Nas palavras de Donoso Cortés, o mal não estava nos governos, mas nos governados que se tornam ingovernáveis (Bercovici, 2020, p.241).

A reconstrução do *constitucionalismo como ideologia* contrária ao avanço do sufrágio universal masculino na Europa é corroborada pela publicística francesa desde a Constituição de 1875: o discurso da “crise do Estado” responsabiliza a democratização do sufrágio, a ideia de “soberania popular” pela subversão da representação política (Bercovici, 2020, p. 259). A ampliação das competências do *Conseil d’État*, ora especializado pela elaboração técnica da lei é uma tentativa de proteger os mandatários do “excesso de democracia”, da pressão das massas

(Bercovici, 2020, p. 260). Face ao papel do monarca na Alemanha, C. de Marlberg contrapõe o “*État legal*”: o aparelho administrativo deve executar a lei votada pelo parlamento, nisso consistia a garantia dos governados, não em um conjunto de garantias *ex post* face ao Estado como aparelho burocrático chefiado pelo Imperador (Bercovici, 2020, p. 261). Amparando-se na Constituição de 1791, C. de Marlberg contrapõe às soberanias monárquica e popular a soberania nacional, isto é, a ideia de um “Estado sem soberano”. Se aquele que se investe no poder público qua órgão do Estado e este um poder político derivado da constituição, para C. de Marlberg a manifestação da soberania nacional é sempre mediada, obstando o recurso doutrinário ao poder constituinte dentro do Estado, pois na *pessoa jurídica estatal* não se exerce soberania (Bercovici, 2020, p. 261-262). Esta é exercida mediante representação e titularizada pela nação anônima e abstrata. Logo, a estratégia conceitual em C. de Malberg acentua a importância da representação e do exercício mediado do poder político, tomando a soberania monárquica como equivalente da soberania, ambas são incompatíveis com o Estado³³ e opõem-se à *soberania nacional*³⁴:

A soberania, atribuída à nação, constitucionalizou o poder, e, portanto, ele está subordinado à constituição e às competências que ela estabelece aos vários órgãos estatais para a formação da vontade nacional. A soberania nacional é impessoal, atribuída a um ente abstrato, caracterizando-se pela limitação do poder soberano, ou seja, o soberano desaparece (Bercovici, 2020, p. 262)

Se a formação do Estado é anterior ao Direito, conquanto a constituição seja condição necessária para a existência do Estado, a pergunta pela *legitimidade para* o nascimento do Estado não se coloca. Porém, como se relacionam *soberania nacional, constituição e formação do Estado*?

A constituição é o estatuto jurídico pelo qual o Estado adquire a sua unidade. A soberania nacional, identificada com a personalidade jurídica do Estado, justifica a origem do poder do Estado e o limita juridicamente. Nenhuma autoridade constituída é soberana, sendo a soberania nacional a base do constitucionalismo. Com todos os poderes públicos submetidos à constituição, segundo Beaud, Carré de Marlberg entende a *soberania nacional como personificação jurídica (institucionalização do*

³³ A formação do Estado é um fato anterior ao direito, portanto o problema da legitimidade não pode ser reconduzido à origem do Estado, ainda que “a existência da constituição [seja uma] condição necessária para a existência do Estado” (Bercovici, 2020, p. 265).

³⁴ *O Estado só existe através da sua constituição* é objeto dessa teoria jurídica do estado que identifica soberania nacional e soberania estatal, por isso a soberania nacional equivale à personalidade jurídica do Estado: “a nação só age juridicamente organizada, se tornando uma pessoa jurídica pelo fato de se constituir em Estado” (Bercovici, 2020, p.265).

poder³⁵) e como princípio constitucional de limitação do poder (constitucionalismo³⁶) (Bercovici, 2020, p. 266, *destaques meus*)

Entre os críticos de C. Malberg, L. Duguit constata o direito objetivo na realidade e seu fundamento reside na solidariedade social³⁷, opondo-se à concepção do direito como emanção da vontade estatal (Bercovici, 2020, p. 269). O elemento distintivo do Estado é a força para diferenciar governados de governantes, e de sujeitar a sociedade ao seu arbítrio. Não obstante, este realismo de L. Duguit não prescinde das finalidades sociais a que o Estado está afetado, tais como a garantia da solidariedade social via realização do direito para legitimar-se³⁸, portanto ao afirmar que a organização e o controle dos serviços públicos limita o poder do Estado equivale à identificação entre garantia da solidariedade social e prestação de serviços públicos (Bercovici, 2020, p. 270), não obstante o limite mais relevante da doutrina de L. Duguit é a sujeição do Estado a uma jurisdição independente e imparcial que assegure direitos constantes em declarações de direitos e constituições rígidas: à garantia de direitos por este itinerário Duguit denomina “*État de droit*”³⁹ (Bercovici, 2020, p. 270). Maurice Hauriou outro crítico de C. de Malberg – concebe o Estado como instituição cujo governo detém poderes para realizar politicamente a nação. Esta, proprietária das instituições governamentais do Estado, não delega a sua soberania a essas instituições, mas – se o conteúdo desta soberania é o poder constituinte -, a nação não prescinde da sua criatura – o governo -, pois a iniciativa do poder

³⁵ *Enfatizo este aspecto da crítica de G. Bercovici, pois ele será retomado na seção III. A crítica ao constitucionalismo como ideologia pode ser traduzida na crítica à hipóstase da mediação constitucional: “a vontade da nação, assim, é produzida pelos órgãos estatais, ou seja, autorizados constitucionalmente para que determinado número de vontades individuais tenha valor de vontade nacional. Em suma, a representação é a mediação constitucional da vontade soberana da nação. O objeto de toda constituição, para Carré de Malberg, é dar à comunidade nacional, que se encontra estatizada, uma organização que permita a ela ter e exprimir uma vontade unificada, determinando quem será o encarregado de querer pela coletividade”* (Bercovici, 2020, p.268).

³⁶ Carré de Malberg reduz o poder constituinte – na leitura de G. Bercovici – à função constituinte atribuída a um órgão constituído cujo fundamento é a Constituição, ou seja, reduz ao poder constituinte ao poder de revisão da constituição, logo “o soberano desaparece da ordem jurídica” (Bercovici, 2020, p. 267). *É a esse constitucionalismo técnica de redução da tensão entre direito e política na constituição que Bercovici visa com sua crítica ao constitucionalismo.*

³⁷ A solidariedade pelo serviço público além finalidade do Estado é contraposta à luta de classes, enquanto o serviço público em si é elemento do Estado (Bercovici, 2020, p. 271)

³⁸ Na medida em que nega soberania ao Estado, compreende-se que Duguit não trate do poder constituinte, porém o autor refere-se ao direito de resistência à opressão, inclusive à “resistência agressiva ou ao direito de insurreição”, quanto à *legitimidade* dessa insurreição não pode ser traduzida em termos de direito positivo perante o poder judiciário: uma lei constitucional não poderia reconhecê-lo, pois seria desde o princípio despojada de eficácia (Bercovici, 2020, p. 271).

³⁹ Para Bercovici, a doutrina de Duguit é teleológica, pois o estado se legitima pelos seus próprios fins, cita o autor no volume 1 do seu *Traité de Droit Constitutionnel*: “o Estado Moderno tende a não ser mais uma soberania nacional que comanda, mas a tornar-se uma federação de serviços públicos que administram os atores mais poderosos que, por isso mesmo, têm não o direito já não o direito comandar, mas o dever de garantir o funcionamento ininterrupto e produtivo destes serviços” (DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Vol. 1. 2º et 3º ed, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie Éditeurs/E. de Boccard, 1924-1930. pp. 588-589 apud Bercovici, 2020, p.270, *tradução livre*).

constituinte depende deste, conquanto a última palavra permaneça com aquela. Em Hauriou, é por meio do poder constituinte que o legislativo, em nome da nação, substitui a fundação histórica do Estado por sua fundação jurídica, explicando o momento da ordem constitucional⁴⁰: instaurado o regime constitucional, seu fundamento é o Estado de Direito⁴¹ (Bercovici, 2020, p. 272). Enquanto o sufrágio é um direito individual e uma função social, a democracia refere a titularidade do poder soberano ao universo de indivíduos iguais perante a lei. Nas democracias modernas, destaca Bercovici, o problema é a “questão social”, pois tendo adquirido o poder político, agora o “povo” quer conquistar o poder econômico. Esta consiste essencialmente no poder constituinte não delega sua soberania para as instituições governamentais.

Thomas Cooley⁴², nos Estados Unidos da América, enfatizará a convergência dos princípios constitucionais dos Estados com os princípios nacionais. Desprendia-se da análise dos precedentes dos Estados predominantemente regularidades jurisprudenciais quanto às garantias de direitos individuais e aos limites fixados às autoridades, poder-se-ia falar de um povo estadunidense cuja identidade precedia à dos habitantes dos Estados. Confrontava a doutrina da Constituição como um tratado ou pacto (*compact*) entre os Estados fazendo a supremacia constitucional derivada das promessas mútuas⁴³ e dos acordos celebrados pelo povo estadunidense. Nessa versão, o povo americano também cria o seu governo estadual para exercer os poderes remanescentes, ou seja, a soberania pertence ao povo, ainda que deva ser exercida de acordo com o texto constitucional (Bercovici, 2020, p. 277-278). Dessa reconstrução, Bercovici destaca a inflexão para o fortalecimento político dos tribunais em detrimento do congresso (Bercovici, 2020, p. 278), a esta tendência se juntarão outras, como o fortalecimento dos poderes presidenciais, o discurso da legitimação como identificação da opinião pública com o Chefe do Executivo⁴⁴ como que “por cima dos Parlamentos” (Bercovici, 2020, p. 280), o fortalecimento do Executivo e do Judiciário em detrimento dos Parlamentos, a juridificação da política e do Estado, a pretensão de conferir efetividade ao direito e o

⁴⁰ Sobre as características das constituições modernas em Hauriou: “O estatuto do Estado-instituição e de seus membros estabelecido em nome da nação soberana por um poder constituinte é, para Hauriou, a verdadeira característica das constituições a partir do século XVIII. Sua rigidez e a forma escrita são meros acessórios” (Bercovici, 2020, p. 272).

⁴¹ O governo conforme o Estado de Direito equilibra-se entre a legitimidade jurídica e a soberania política (Bercovici, 2020, p. 272).

⁴² Autor da obra mais influente de direito constitucional da segunda metade do século XIX (Bercovici, 2020, p. 277).

⁴³ Vale conferir e importante contribuição de Francisco Castilho Prates sobre o significado dessas promessas na história constitucional norte-americana, naturalmente de uma outra perspectiva (Prates, 2022, p. 25-35).

⁴⁴ No contexto das democracias de massas essa legitimação por aclamação será “ressignificada” como um modelo de democracia direta ou semidireta.

progressivo predomínio do direito público sobre o princípio da soberania popular (Bercovici, 2020, p. 281). Essas tendências se traduziam frequentemente por oposição ao modelo francês do *État légal*, modelo caracterizado pela supremacia do legislativo e a adscrição do Executivo ao provimento do devido processo legislativo: a lei. Limitado pelo programa normativo, a administração era vinculada à lei e o poder normativo do Executivo era estritamente regulamentar, como regra, dando execução às normas gerais e abstratas deduzidas da legislação. Dentro da França, a categoria “*État de droit*” não era utilizado pela publicística exatamente pela associação à doutrina da auto-limitação do Estado de proveniência germânica (Bercovici, 2020, p. 280-281). À expansão do Judiciário segue-se uma expansão do Executivo e uma distensão entre direito e política, o espaço vazio criado por essa distensão será ocupado pela aceleração da temporalidade da política e a sua pretensão de se impor à temporalidade do direito.

Na transição do século XIX para o século XX “o direito público ocidental se afirmar em oposição ao princípio da soberania popular” (Bercovici, 2020, p.282): a constituição democrática é aos poucos abandonada um novo modelo é instituído com a viragem para a constituição de Weimar, promulgada em 1919 (Bercovici, 2020, p.282). O novo modelo do direito público será fundado sobre três pilares: a soberania estatal; o Estado de Direito; a Constituição Estatal “deliberadamente privada de uma origem popular” (Bercovici, 2020, p. 282).

A passagem para o século XX se completa com o desencadeamento do período pré-revolucionário em todo o mundo, as lutas do operariado por direitos políticos resultarão numa transformação qualitativa da democracia para uma democracia de massas, à qual corresponderá o debate sobre a “Crise do Parlamento”, isto é, a crise da democracia representativa, e um progressivo deslocamento do eixo do poder político do Judiciário para o Executivo quando a Primeira Guerra Mundial é desencadeada. Nesse contexto, G. Bercovici destaca a passagem de uma tática de governo mediante a decretação do Estado de Sítio para combater sublevações proletárias para a edição de atos de plenos poderes⁴⁵ por meio dos quais a concentração das decisões políticas no Chefe do Executivo será consolidada permanentemente por um período que, em muitos casos, como o inglês, durou muito mais do que a guerra em si, o *Defence of the Real Consolidation Act* foi revogado apenas em 31 de Agosto de 1921 (Bercovici, 2020, p. 284).

⁴⁵ G. Bercovici define a categoria “plenos poderes” a partir de H. Tingstén: “por leis de plenos poderes, nós entendemos por consequência as leis por meio das quais se concede ao executivo um poder regulamentar excepcional, especialmente a faculdade de modificar ou de *ab-rogar por meio de decretos as leis em vigor*. Em princípio, as leis dessa natureza são incompatíveis com as disposições constitucionais concernentes á lei e aos decretos” (TINGSTÉN, Les Pleins pouvoirs, p. 13. apud Bercovici, 2020, p. 284, tradução minha, *destaques meus*)

Os plenos poderes e a mobilização militar e econômica deles decorrente, modificaram as relações entre executivo e legislativo, ao contrário do que ocorria tradicionalmente com o estado de sítio, que vigorou, na França, entre 2 de agosto de 1914 e 12 de outubro de 1919. Aliás, tanto na Alemanha, como na França, o estado de sítio foi imposto durante toda a Primeira Guerra Mundial. No entanto, a extensão dos poderes de exceção foi muito além do pretendido, *com as necessidades impostas pela economia de guerra*, as delegações de plenos poderes e a militarização do estado de sítio, o que ocasionou, especialmente no último período do conflito, uma ditadura de fato [...]. Com a crise da Primeira Guerra Mundial, o *estado de sítio e os plenos poderes* passaram, segundo Rossiter, *de instituições repressivas a instituições preventivas* (Bercovici, 2020, p. 284-285, destaques meus).

O autor denomina as transformações políticas da virada do século como “mudança estrutural”:

A mudança estrutural, no entanto, não foi percebida por Tingstén. Hans Boldt, acertadamente, afirma que a problemática da exceção mudou com a Primeira Guerra Mundial, com a necessidade de novas formas de exceção, atuando tanto na política como na economia. No século XX, o estado de exceção vai ser levado a dimensões até então desconhecidas (Bercovici, 2020, p. 285)

A reconstrução da história do constitucionalismo por meio da qual podemos ver a constelação de conceitos típicos da Teoria da Constituição é feita ao redor da categoria “Crise”, razão pela qual a reconstrução deve percorrer longitudinalmente toda a obra “Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo”.

Assim como na Alemanha defende G. Bercovici essas construções não são politicamente neutras, pelo contrário, a Teoria do Estado de C. Malberg é utilizada para combater a concepção revolucionária da soberania popular: como o Estado é formado pelo conjunto dos órgãos da nação e esta é uma ordem constitucionalmente organizada e personificada juridicamente no Estado, em síntese). É uma particularidade do constitucionalismo monárquico alemão que o Estado seja compreendido como um sujeito que quer e comanda independentemente da ordem jurídica com base no “direito de necessidade”, pode prescindir das normas jurídicas quando estas forem um obstáculo à vontade estatal.

Em termos lógico-conceituais, Bercovici reconhece um vínculo entre *Constitucionalismo e Capitalismo*, todavia em *tensão externa* (Bercovici, 2004b, p.286-290), dedicando-se em “Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo” a investigá-lo com as ferramentas da *História dos Conceitos* (Queiroz; Fernandes; Moreira, p.9-10).

Seguindo Koselleck, a reconstrução histórica será realizada na medida em que seja necessária para esclarecer o pensamento político-jurídico em seu contexto histórico-social. Não se pretende o estabelecimento de uma continuidade de nexos causais

sucessivos no tempo que, aparentemente, explicam tudo. A tese aqui desenvolvida entende a formação do Estado moderno e do constitucionalismo como vinculados à formação e desenvolvimento do sistema capitalista. Capitalismo e Estado estão indissociavelmente ligados, são parte de uma mesma evolução histórica. (Bercovici, 2020, p.43-44)

Gilberto Bercovici explica a passagem do Medieval à Modernidade, a partir da história dos conceitos, sobretudo o Estado. Destarte, Hobbes é o autor para quem “a questão política essencial é deslocada da instituição ou educação do príncipe para a instituição do Estado.” (Bercovici, 2020, p.85), dito de outra forma, com o autor inglês o problema do exercício do poder político passa, de um problema de mérito, para um problema de *forma*⁴⁶ (Bercovici, 2020, p.87). Esta passagem é vivida como crise, e a constituição medieval é retrospectivamente avaliada como anárquica, enquanto a ordem é pensada como um fruto autorização de um Soberano (Barbosa Filho, 2013, p. 157). Para Balthazar Barbosa Filho, o argumento de Hobbes é antes de tudo um “projeto de justificação racional da autoridade” (2013, p.145), por meio da sua geometria política, testa-se um argumento sobre a origem e outro sobre a legitimidade do exercício do Estado (2013, p.146). Portanto, o conceito de Soberania fundamenta o exercício do poder político, assim como justifica a vinculação dos súditos ao soberano, além de fixar os poderes do soberano (Fioravanti, 2011, p. 78), ao mesmo tempo que se dissolve a Constituição Medieval autorizando o Soberano, que por sua vez põe fim à guerra, estabelece-se a “Constituição dos Modernos” (Fioravanti, 2011, p. 79). Com este passo analítico, descobrimos que o Soberano não pode violar o pacto que lhe concedeu este *poder*. Para evitar um conceito evanescente (essencial para fundar a ordem político-constitucional, mas na realidade secundário, posto que o Soberano seria suprimido pela própria Constituição), Hobbes afia duas ferramentas teóricas diferentes: discriminando a autorização da representação, sua teoria política distingue o momento de passagem do Estado de Natureza ao Estado Civil, e assim justifica a origem do poder político do Estado. Mas a justificativa do exercício do poder político confunde-se, inclusive, com a formação de uma identidade popular ou nacional. *Antes da democracia representativa, os homens convertiam-se em mera multidão. Somente quando se pode presumir a existência de uma opinião pública há um povo* (Fioravanti, 2011, p.80-81). Opinião pública, representação política, democracia – para Fioravanti – só existem realmente quando uma sociedade civil organizada em algum grau não se confunde com o Estado nem dele se separa completamente, mas com ele se relaciona a partir de corpos intermediários ou estruturas de mediação tais como os partidos políticos.

⁴⁶ Enfatizo a importância dessa passagem, pois me parece que Alysson L. Mascaro tem uma leitura equivocada tanto de Thomas Hobbes quando do conceito de *forma*.

Se a relação entre *Constituição e Soberania*⁴⁷, mediada nos termos propostos, pode ser resumida na conclusão segundo a qual “não há constituição sem soberania” (Fioravanti, 2011, p.79), o constitucionalismo, por sua vez, é o

conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se dedicam a recuperar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto de limitação e garantia [ao exercício do poder político]. É óbvio, pois do contrário se assumiria que o soberano colocado por Hobbes ou Rousseau no centro da Constituição dos Modernos, pudesse ser identificado como alguém que o exerce de forma arbitrária (Fioravanti, 2011 p. 86-87)

Seja como for, o Poder Constituinte será uma forma de aparição da Soberania, instaurando não uma ordem estatal ou social, mas uma ordem constitucional na qual as condições de reprodução do sistema trocas capitalista é garantido no seu mais elevado grau de reflexividade, ainda que, *uno actu*, garantam-se também uma série de direitos fundamentais cujo conteúdo, no entanto, nenhum texto será capaz de controlar.

A soberania popular pretende impor-se como que externamente ao direito, não obstante o direito também deva ser interpretado. Metaforicamente, é como se processos democráticos e a interpretação do direito fossem duas mônodas que constituem o núcleo de sentido da Constituição. Sendo assim, seria preciso presumir que há uma partícula de sentido no interior de cada mônoda, ainda que não pudéssemos nos certificar disso, e mais, violando o *princípio de Heisenberg*⁴⁸, que essas duas partículas de sentido ocupassem a mesma posição relativamente uma à outra. A essa perspectiva que pressupõe a existência real, mas interna, de um sentido da Constituição, chamo “Utopismo Constitucional”. Finalmente, a Constituição teria um sentido historicamente contingente, enquanto o constitucionalismo seria a expressão de uma filosofia política (Bercovici, 2020, p.309)

Aludi à passagem do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social como algo mais complexo que um “torque” do princípio da igualdade, isto é, algo mais que a materialização o direito, concebida por meio da dialética entre igualdade formal e igualdade material. Isso parece, como de fato é, bastante simplório. Portanto, não enxergo ganhos analíticos na mudança de diagnóstico de “*inefetividade constitucional*” para uma “*efetividade seletiva*” das normas constitucionais (Bello; Bercovici; Lima, 2019, p. 1769-1811). Sigamos

⁴⁷ Para uma rigorosa investigação sobre o vínculo entre Soberania e Modernidade: “Houve Mão Mais Poderosa”? Soberania e Modernidade na Independência do Brasil” (Gomes, 2011).

⁴⁸ Consoante o princípio da incerteza não é possível medir simultaneamente a posição e a velocidade de uma partícula sem perturbar o seu movimento. Diferentemente da Física Clássica, na qual se presume que qualquer grandeza de movimento de uma partícula pode ser tanto medida quanto descrita de maneira precisa, essa premissa não é válida para a Física Quântica.

ainda que momentaneamente, a reconstrução de Henrique Pereira de Queiroz do debate entre Otto Kirchheimer e Franz Neumann sob (e sobre) a Constituição de Weimar:

Partindo do diagnóstico de que os direitos fundamentais tiveram uma oscilação profunda de avaliação no curso da República de Weimar, desde sua inocente exaltação até sua inversão completa de sentido e instrumentalização conservadora por parte do judiciário, é que Neumann provoca os “jovens socialistas”, afirmando serem os únicos que continuam a menosprezar sua importância. Dentre eles, está Kirchheimer que, em um momento específico, viu nos direitos fundamentais uma incompatibilidade irreconciliável entre valores contraditórios. No entanto, na visão de Neumann: “a tarefa mais intrínseca dos juristas consiste em criar um sistema a partir de normas jurídicas que aparentemente se contradizem e indicar que – e quais – ideias fundamentais comuns estão na base dos direitos fundamentais”. Da maneira como leio, a preocupação do Neumann é não reduzir a interpretação interna dos direitos fundamentais ao mero factual de sua aplicação na vida política e social, isto é, de recair em uma leitura “sociológica” do Direito que perde de vista o caráter normativo das previsões jurídicas. Dentro desse quadro, ocuparia um lugar de destaque a construção de uma doutrina constitucionalmente adequada da segunda parte da Constituição de Weimar que fosse capaz de oferecer uma leitura coerente com os princípios jurídicos nela inscritos: e nessa tarefa, ao seu ver, necessariamente compartilhada, que Neumann se lança como uma contribuição à frente de defesa da Constituição de Weimar e dos anseios político-sociais da classe trabalhadora. (Queiroz, 2023, p. 93).

Notoriamente, o direito tem um importante papel (também) na *integração* das sociedades modernas: se “para toda e qualquer sociedade humana, colocam-se como fundamentais duas ordens de problemas: a organização da relação com o entorno de onde são extraídos recursos de sobrevivência para seus membros e a organização interna da relação entre esses membros” (Gomes, 2022, p.258), por outro lado, é através do direito que penetram “todas as comunicações orientadas juridicamente, de forma que as regras jurídicas refiram-se reflexivamente à função de integração social imediatamente atendida pelo processo de institucionalização do direito”, isto é, o código jurídico se arrima não somente na linguagem ordinária, mas também “recebe as mensagens advindas da linguagem e as traduz em uma forma compreensível ao código especial do poder por que se guia a Administração e ao código especial do do dinheiro por que se guia o dinheiro” (Habermas, 2010, p.105-146). No entanto, reafirmamos, com David F. L. Gomes, o postulado marxista

segundo o qual a base material da produção e da reprodução da vida, sempre por meio de sucessivas e inumeráveis mediações e refrações, forja as relações que lhe correspondam em outras esferas da vida. Como consequência, se ‘a abstração das imagens de mundo, a universalização do direito e da moral, e a progressiva individuação podem entender-se como desenvolvimento que, no que concerne a seus aspectos estruturais, põem-se em marcha logo que no seio dessa suposta sociedade monoliticamente integrada desata-se o potencial de racionalidade da ação orientada ao entendimento’, não é menos verdade que o potencial de racionalidade da ação orientada ao entendimento só se desata quando as exigências imanentes à economia de troca vão dissolvendo todo um antigo corpus normativo que impedia tanto o livre

desenvolvimento do modo de produção capitalista quanto a libertação em elevado grau do potencial de racionalidade embutido em práticas comunicativas contrafactivamente livres de coerção externa (Gomes, 2019, p. 260).

As constituições sociais inscrevem em suas normas essa tensão cuja gênese está na luta de classes, no enfrentamento político de diferentes grupos de interesse, enfim. O seu texto a presentifica, assim como todo o ordenamento jurídico a reproduz em diferentes níveis. Por outro lado, do ponto de vista de uma mediação. Ainda, do ponto de vista de uma mediação interna ao direito, como o direito e o sentido de direito se constroem historicamente?

É necessário mostrar como os sentidos do direito se constroem normativamente no interior da própria sociedade e como é possível, inclusive que a própria sociedade construa suas próprias concepções do que seja lícito ou ilícito e, reflexivamente, possa aplicar esse direito a ela mesma. (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 90)

E a resposta seria “exatamente pela via de mediações institucionais que possibilitam, em termos de expectativas normativas, que os destinatários das normas jurídicas sejam seus coautores” (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 92). Em sociedades modernas, os sujeitos não dispõem do *medium* através do qual regularão a sua convivência com os demais, este *medium* é o direito: através dele garante-se tanto a autonomia privada, por suposto, quanto a autonomia pública dos sujeitos, no entanto isso nada nos diz a respeito do uso do direito que fazem os indivíduos, inclusive porque os cidadãos não podem ser obrigados a fazer um uso adequado de suas liberdades públicas, ademais

estes apenas podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública se, devido a uma autonomia privada assegurada de forma igual e material, alcançarem uma independência suficiente. Esta relação dialética entre a autonomia privada e a autonomia pública é a chave da resolução do problema da compatibilidade dos dois pilares legitimadores sobre os quais assenta o Estado de Direito Democrático” (Habermas, 2015, p.22)

É preciso um esforço de descentramento para percebermos que até agora lidamos de maneira algo autorreferencial com o direito, ele não reproduz somente a si mesmo, tampouco o problema que se coloca é apenas de uma tensão com a política. Na verdade o direito está “tão imbricado com o dinheiro e com o poder administrativo quanto ele está com a solidariedade, suas próprias conquistas integrativas assimilam imperativos de origens diversas” (Habermas, 2010, p. 102), como é impossível dizer como exatamente esses recursos serão balanceados a cada caso, pode-se dizer que os problemas de reprodução (sistêmica) e de integração (social) não podem ser resolvidos, *a priori*, pois dependem do outro momento do direito, isto é, do direito enquanto prática social que institucionaliza o princípio democrático.

No entanto, elevando a abstração categorial, o direito pode ser reconstruído:

do ponto de vista do participante, como uma prática social, interpretativa, argumentativa e narrativa, com caráter normativo e institucional; e um modo, do ponto de vista do observador, de reprodução e integração da sociedade (sistêmica/social), sobre o pano de fundo de visões paradigmáticas que, mediando essas duas perspectivas, competem entre si para a sua compreensão. E o Direito Constitucional, como a própria expressão normativa, contrafática de compromissos entre as forças políticas e sociais, num determinado momento da história, vista como processo de aprendizagem social em longo prazo, sujeito, todavia a tropeços e a retrocessos, mas cujo sentido normativo se abre ao porvir das lutas por reconhecimento no interior da esfera público-política” (Cattoni de Oliveira, 2023a, p.139)

A diferença entre o direito enquanto prática social e enquanto meio de integração da sociedade entre soma-se à necessidade de colocarmos o problema, de maneira sempre mediada, do ponto de vista metodológico do observador e do participante. Esse quebra-cabeças pode ser ilustrado reconstrução marxiana da distinção entre a física e a ciência dos meteoros, dito de outra forma, entre a *física* e a *metafísica*:

Quando a autoconsciência individual-abstrata é posta como princípio absoluto, toda a ciência verdadeira e real é suprimida, na medida em que a particularidade não reina *na natureza das próprias coisas*. Assim desaba também tudo o que se comporta de modo transcendente diante da consciência humana e, portanto, pertence ao entendimento imaginador. Em contraposição, quando a autoconsciência, que só tem ciência de si na forma da universalidade abstrata, é alçada à condição de princípio absoluto, escancara-se a porteira para a mística supersticiosa e servil. A comprovação histórica disso se encontra na filosofia estoica. Pois a autoconsciência universal abstrata tem dentro de si o impulso de afirmar-se nas mesmas coisas em que ela só é afirma na medida em que as nega. (Marx, 2018, p. 124, *destaques meus*)

Lembro a proposição de Kirchheimer segundo a qual a Constituição de Weimar é uma sobreposição de conjuntos de *valores* contraditórios entre si. Ainda que eu pudesse concordar com a assertiva, não poderia o autor evitar a conclusão nos termos da qual só após seu enunciado adquirimos um ponto de apoio para a prática social. Afinal, o Direito é uma forma de mediação como as demais, e como forma de mediação, permite-lhes que representem a realidade, ainda que de pernas para o ar. Parto do princípio de que a Teoria Crítica do Direito, se quiser explicar fenômenos sociais do ponto de vista do direito, tanto quanto se quiser avançar no árduo percurso de aprendizagem com o direito e com a política, sujeito a tropeços, mas sempre capaz de autocorreções, explorando as tensões internas à forma jurídica.

1.2. A Crise do Dirigismo Constitucional e o Recuo da Teoria da Constituição Dirigente: lições sobre os limites do projeto constituinte de 1988

Ao reconstruir o processo constituinte de 1988 como o mais democrático da nossa história, não me referi a um processo isento de tensões. O então Deputado Constituinte Edison

Lobão o soube, pois ao presidir a 15ª Reunião da Subcomissão de Política Agrícola, Fundiária e Reforma Agrária teve de esclarecer às galerias lotadas⁴⁹ que, conquanto as sessões fossem abertas ao público, frisou, o eram desde que estivessem *desarmados*. Ainda assim, a Polícia Legislativa recolheu mais de 50 armas de fogo entre os integrantes da União Democrática Ruralista (UDR). A tensão entre o maior movimento social do mundo, o Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra (MST), pequenos agricultores e ativistas ligados às Comunidades Eclesiais de Base (CEBs) desandou em agressões físicas e verbais (Pilatti, 2020), além de sucessivas interrupções às quais o Presidente, já cansado, não conseguia chamar à ordem. Costuma-se destacar (Gomes da Silva, 2012) essa selvageria e a dificuldade em chegar aos encaminhamentos como indícios da insuficiência do processo constituinte (Pazello et Ribas in Ribas, 2014). Não seria mais razoável reconstruir estes episódios a partir das disputas pela definição do *âmbito de operação do direito de propriedade* (Queiroz, 2022, p. 37), particularmente na chamada “fase termidoriana” (Pilatti, 2020) do processo constituinte⁵⁰? Especialmente nas reuniões da Comissão da “Ordem Econômica e Social”, os “conservadores⁵¹” imporiam derrotas importantes aos Progressistas. A maior delas se daria nas discussões sobre Reforma Agrária (Pilatti⁵², 2020, p.313-316), recorrendo-se à estratégia de inviabilizar a discussão e a aprovação de qualquer proposta. Afinal, ainda que algum texto fosse

⁴⁹ Para uma identificação da União Democrática Ruralista no imaginário político nacional é válida a referência a um texto canônico cuja autora é Regina Bruno, trata-se de “**Revisitando a UDR: ação política, ideologia e representação**”. Cabe reproduzir um excerto: “A União Democrática Ruralista, UDR, formada em 1985 se autodissolveu oficialmente no início dos anos 90. Entretanto, frequentemente reaparece no cenário político nacional, tendo como prática caracterizada o enfrentamento aberto e a violência contra os trabalhadores rurais e os sem-terra. Desponta também como referência e sinônimo de mobilização do patronato rural, do corporativismo e como símbolo da defesa absoluta do monopólio fundiário. Mesmo não existindo oficialmente, a UDR referenda e dá identidade àqueles que dela participaram enquanto entidade representativa. Por ocasião da indicação de Basílio Vilani para a presidência do Instituto Colonização e Reforma Agrária (Incra), a oposição feita foi que teria pertencido à UDR. A alusão à UDR ressurgiu nas constantes especulações sobre quem representa hoje o “pensamento uderrista” na bancada ruralista e se o deputado Abelardo Lupion, do PFL/PR, seria ou não o “herdeiro político” de Ronaldo Caiado no Congresso Nacional. Quase esquecida em outros momentos, a UDR foi revivida na memória em julho deste ano [1995] com o “caminhão”, gerando especulações quanto à possibilidade de essa mobilização significar ou não a sua “reencarnação” e a reedição dos velhos tempos das grandes manifestações públicas” (Bruno, 1996, p.69-70)

⁵⁰ O conceito de “fase termidoriana” do processo constituinte é de Adriano Pilatti (2020), e designa o último período do processo, caracterizado pela formação do “Centrão”, uma vez dissipado o aturdimento dos reacionários com as sucessivas vitórias impostas pela minoria progressista, *mediante o hábil recurso ao Regimento Interno*. Valendo-se de acordos entre as suas frações, especialmente no MDB, reacionários costuraram alterações no regimento interno. Por consequência, ainda que os textos passassem inalterados pelas Subcomissões, teriam de ser aprovados por uma maioria de 280 Deputados Constituintes para integrarem o documento constitucional. Dessa forma, muitos textos arduamente elaborados como este, não seriam sequer aprovados, gerando lacunas e omissões na Constituição promulgada, se comparada com o projeto original em torno do qual se organizou a Constituinte (Pilatti, 2020 et Cardoso, 2018).

⁵¹ A articulação dos conceitos “progressistas” *versus* “conservadores” é de Adriano Pilatti (2020).

⁵² Agradeço ao Pedro Peliciari pelos diálogos a respeito desta obra, não fosse pela leitura de um manuscrito ainda não publicado de sua autoria, assim como por este diálogo, poucos aspectos desta obra teriam sido notados por mim.

aprovado pelas subcomissões, os “progressistas” ainda teriam de submetê-lo à aprovação do Plenário para que integrasse o documento constitucional, por fim⁵³. De fato, muito se escreveu sobre o mal de origem da Constituição de 1988 *também* quanto à questão da Reforma Agrária (Pazello et Ribas in Ribas, 2014): incapaz de se impor à classe dos grandes proprietários de terras, aos ruralistas organizados na entidade patronal conhecida como União Democrática Ruralista (UDR), a Constituição de 1988 nasce limitada por poderes de fato. Não obstante, como a democracia não goza de um clima moderado, nutre-se da paixão dos conflitos (Cattoni de Oliveira, 2023a, p.134-135), prefiro destacar outro elemento: os próprios conservadores, conquanto dominantes na Assembleia Constituinte, foram neutralizados pela forma como os progressistas se valeram do Regimento Interno daquela. Poder-se-ia esperar que os ruralistas virassem as costas à Assembleia – se é verdade que o processo constituinte não possuía para os “poderes de fato” a mesma importância que em geral a ele se reconhece – e permanecessem ensimesmados nos seus sertões. Porém, ocorreu o oposto. Os ruralistas se apinharam em caravanas rumo à cidade de Brasília, mobilizando tanta gente quanto podiam para expressar suas demandas nas Subcomissões e Comissões de interesse, ainda que à sua maneira. Se é verdade que, na prática, a não aprovação de uma Seção destinada à Política Agrícola e à Reforma Agrária denotou uma grave omissão da Constituição de 1988, cujo texto final manteve somente disposições lacônicas a respeito, quiçá sepultando a viabilidade de uma Reforma Agrária entre nós, por outro lado, o sentido de e da Constituição esteve em disputa, foi invocado por cada um dos atores em pugna, paradoxalmente reforçando a legitimidade e a efetividade da Constituição produzida neste processo⁵⁴ (Cattoni de Oliveira et Gomes, 2014, p.33-34). Ademais, este episódio antecipa o comportamento das tendências conservadoras frente à Constituição: tanto significavam aqueles textos constitucionais que a estratégia de atuação dos conservadores será a desconstitucionalização de matérias reguladas pela Constituição.

Durante os anos de 1993/1994, realizou-se a revisão constitucional nos termos do art. 3º, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (Carvalho Netto, 1993⁵⁵)⁵⁶. Além disso, a

⁵³ Ver a nota de rodapé 12.

⁵⁴ Para um raciocínio semelhante a este, é válido conferir o ensaio “**A Justiça e a Democracia como Hipérbole: o PNDH-3 e o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito entre nós**”, em especial o trecho Cattoni de Oliveira et Gomes, 2014, p.33-34.

⁵⁵ Sobretudo no caso da Emenda Constitucional n. 8, que ao arripio do texto original, alternava-lhe o teor para permitir a exploração das atividades de telefonia por empresas privadas, na qualidade de concessionárias.

⁵⁶ Os conceitos de “Crise Constitucional”, “Crises da Democracia” e semelhantes são explorados pela nova literatura anglo-saxã dedicada à análise dos fenômenos de ascensão de regimes autoritários mundo afora (Sevaybricker Moreira, 2020, p.15-49). No entanto, este trabalho não propõe um diálogo nos termos desse marco

prática de governar mediante o abuso das Medidas Provisórias estava em evidência. Finalmente, a implementação da *Reforma Gerencial* aliada às várias privatizações dava mostras bastantes aos brasileiros de que o vetor do processo constituinte, seja ele qual for, apontava no sentido inverso daquele inferido pela leitura das cláusulas transformadoras.

Entre estes marxistas, por questões de método e em benefício da clareza na exposição, elegi a biobibliografia de Gilberto Bercovici, Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), além de Martônio Mont’Alverne Barreto Lima (Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Fortaleza) para orientar minha reconstrução na primeira seção. Essa opção é lícita porque ambos ocupam uma posição de destaque entre os participantes das coletâneas organizadas por Martônio Lima, Enzo Bello, Sérgio Augustin e Letícia Lima congregando diversos autores a se apropriarem de Karl Marx com finalidades heterodoxas (“Direito e Marxismo”) (Lima *et* Bello, 2010; Lima *et al*, 2012; Lima *et al*, 2014). Além disso, são os representantes com a bibliografia mais consolidada entre aqueles que integram a tradição marxista descrita, por exemplo, por Ricardo Prestes Pazello e Moisés Alves Soares como “*eclética*”, uma vez que supostamente defenderiam um tipo de “*socialismo jurídico*” (Pazello *et* Soares, 2022). Conforme ficará claro, prefiro explicar este paradigma de Teoria da Constituição a partir da categoria de “*Utopismo Constitucional*”⁵⁷.

Além do contexto de gênese e do universo de objetos de pesquisa, estes marxistas compartilham um tipo específico de teoria da sociedade subjacente às suas investigações. Trata-se de um amálgama entre o *estruturalismo cepalino*, especialmente de Celso Furtado, complementado pela *sociologia da herança ibérica* (Cattoni de Oliveira *et* Salles in Cattoni de Oliveira, 2020a, p.1-60). Nesses termos, à medida que se desenvolvesse, o capitalismo engendraria uma divisão geopolítica entre centro e periferia, reiterada ao longo do tempo, no ritmo da reprodução capitalista. O processo de acumulação possibilitado inicialmente pela

teórico. Utilizo-me do conceito de “crise constitucional” para designar momentos de instabilidade política percebidos como graves pelos próprios teóricos reconstruídos, sempre que ameacem a ordem constitucional, ainda segundo a percepção desses autores. Um conceito assim reduzido, cujo referente é um momento percebido como de grave instabilidade política com consequências para a ordem constitucional, poderia aproximar minha abordagem do projeto de Cláudia Paiva Carvalho e de Cristiano Paixão (Carvalho *et* Paixão, XXX, *cit*). No entanto, como já esclareci em outro lugar (Gomes; Megali Neto; Fernandes in Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, p.132-164), discordo destes autores quanto ao caráter explicativo do conceito de crises constitucionais. Recorro a um conceito ainda mais reduzido apenas para reconstruir, num primeiro momento, como os distintos autores dos quais me ocupo significam o conceito mais simples de “crise”, da perspectiva da Teoria da Constituição. Apenas na última seção intermédia apresentarei a alternativa explicativa à qual tendo a me alinhar para explicar estes mesmos fenômenos descritos de formas tão diferentes à medida que nos movemos de uma abordagem paradigmática às outras.

⁵⁷ Emprego essa categoria de maneira *sui generis*, ciente do seu emprego por Oliveira Vianna, na história constitucional brasileira.

colonização dos futuros países periféricos permitiu aos países centrais desenvolver-se, imprimindo, por sua vez, às colônias um subdesenvolvimento histórico. Desenvolvimento e subdesenvolvimento (Furtado, 2009 et Gunder Frank in Marini et Millán, 1994, p.83-94) são verbos, ações, processos e não etapas históricas. Sendo assim, tendencialmente as colônias, ao emanciparem-se no século XIX tendem a reproduzir o seu subdesenvolvimento histórico. Por sua vez, desenvolvimento e subdesenvolvimento tem uma dimensão econômica, cultural, histórica, tecnológica e política, portanto o subdesenvolvimento é além de um processo e uma herança, uma situação de dominação. Em geral, somente através de mudanças estruturais profundas o processo de subdesenvolvimento pode ser rompido, no entanto, o que se assistirá ao longo do século XX no Brasil e nos outros países da América Latina serão surtos de crescimento econômico, reflexos da mera modernização, não do desenvolvimento no sentido estruturalista. Por isso, os desafios do Estado Desenvolvimentista Latino-americano são mais complexos que aqueles enfrentados pelo Estado Social Europeu⁵⁸.

Este subdesenvolvimento não é uma etapa histórica. Aqui ele assume o sentido que Celso Furtado e Gunder Frank o deram (Furtado, 2009 et Gunder Frank in Marini e Millán, 1994, p.83-94), ou seja, o subdesenvolvimento é uma situação de dominação que tende a se perpetuar, é um verbo não um substantivo. À medida que os países desenvolvidos se desenvolvem, seguindo a mesma lógica os países periféricos subdesenvolvem-se ainda mais. Sendo assim, é uma situação que precisa ser transformada pela *práxis*.

O Estado desenvolvimentista latino-americano não precisa apenas expandir o sistema econômico existente, mas devem criar um. *O seu caráter periférico significa que possui núcleos de poder interno cujas decisões são orientadas para o exterior e que muitas das decisões nacionais são afetadas ou condicionadas por fatores externos.* Portanto, o Estado Desenvolvimentista deve superar sua condição periférica e se colocar em pé de igualdade com os Estados do centro hegemônico do capitalismo. O modelo keynesiano e o do Estado Social europeu são, assim, insuficientes. O papel do Estado na periferia deve ser muito mais amplo e profundo que nos países centrais, pois ele enfrenta, ao mesmo tempo, problemas da formação de um Estado nacional e questões relativas às políticas do capitalismo avançado. (...) Do mesmo modo que o Estado Social de Heller previa a emancipação social com o socialismo, o Estado Desenvolvimentista deve superar a barreira do subdesenvolvimento em busca da emancipação social de sua população. (Bercovici, 2003b, p. 142-143, *destaques meus*)

O primeiro modelo maduro de interpretação da crise do dirigismo constitucional brasileiro de G. Bercovici é a interpretação do Estado de Exceção Econômico Permanente como

⁵⁸ Por sinal, como esclarece Bercovici, o Estado de Bem-Estar Social do pós-guerra, o único que se viabilizou na Europa, não é sequer o Estado Social de Direito de Hermann Heller, pois este seria irrealizável numa sociedade de classes, mas sim um Estado Providência propenso a adotar políticas keynesianas em um primeiro momento, e pós-keynesianas depois (Bercovici, 2014).

o novo modelo de governança global, não há dúvidas que esse modelo chega à sua maturidade em “Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo” (Bercovici, 2020, p.290-344), no entanto sua primeira apresentação remonta à tese de livre-docência de Gilberto Bercovici, “Entre o Estado Total e o Estado Social” (Bercovici, 2003. 129-149). A conclusão, bem sintetizada em texto publicado no Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra cerca de 11 anos depois, é a seguinte:

No decorrer do século XX, portanto a distinção entre estado de exceção e normalidade deixou de ser absoluta, com a inutilidade dos meios tradicionais de exceção diante da exceção econômica. A ditadura constitucional deixou de ser temporária para se tornar uma estrutura permanente de governo para enfrentar crises. Ou seja, há a banalização do estado de exceção. Formalmente, vigoram os princípios democráticos, mas, na prática, são constantemente suspensos ou violados. O estado de exceção, assim, não é um 'raio caído de um céu azul', expressão com a qual Marx descreve a imagem que os liberais franceses tinham do golpe de Estado de Luís Napoleão. Nem é o milagre de Carl Schmitt. Pelo contrário, de acordo com Giorgio Agamben, é o novo 'paradigma de governo'. Da garantia do Estado, o estado de exceção passou a ser empregado na garantia da constituição e agora se consolida o modelo da garantia do capitalismo (Bercovici, 2014, p. 749)

No entanto, posteriormente G. Bercovici tratou de amadurecer aspectos desse modelo, bastantes, se eu não estiver equivocado, para fornecer a ele os fragmentos de uma teoria da sociedade típica de uma Teoria Tradicional da Constituição (Cattoni de Oliveira, 2022a, p. 1-60). Se eu estiver correto, não é correta a proposição segundo a qual este autor sofreria de um déficit sociológico, mas sim de um déficit hermenêutico, como espero esclarecer. É que G. Bercovici concebe a crise brasileira em diálogo com Paulo Bonavides como uma *Crise Constituinte*. Diferentemente das outras espécies de *Crise Constitucional*⁵⁹, a *Crise Constituinte* não se resolve nos quadros da própria Constituição, na verdade nem mesmo a convocação de uma nova Assembleia Constituinte pode equacioná-la. Ainda segundo Bercovici, trata-se de uma crise da própria sociedade, na medida em que esta é incapaz de fornecer ao *Poder Constituinte* o suporte de uma vontade unitária, pois seja em função de fatores históricos particulares àquela sociedade, seja porque intervêm pressões exógenas, seja porque os principais centros de decisão em termos de política econômica não estão ao seu alcance, configura-se a mais grave das *Crises Constituintes*, isto é, a *Crise de Unidade Nacional* (Bercovici, 2003b; Gomes, 2022, p. 60-68). O Brasil, enquanto ex-colônia de exploração, jamais foi uma Nação, conquanto tenha tentado processos de *homogeneização social e desenvolvimento nacional*, condições necessárias a formação nacional, o Golpe Empresarial-

⁵⁹ Para Bercovici, por sua vez, o conceito de “Crise Constitucional” tem um referencial específico, trata-se do gênero criado por Paulo Bonavides. Para a reconstrução e a crítica da tipologia das crises de Bonavides, ver Gomes, 2022, p. 57-76.

Militar de 1964 interrompeu nossa experiência democrática e nos legou uma estrutura administrativa refratária à internalização dos centros de decisão, relativamente intacta até os dias de hoje (Bercovici, 2022, p.201-226), esta reforça a situação de subdesenvolvimento e a dependência nacional frente à tecnologia e aos capitais estrangeiros.

Isso não é casual, pois na periferia do capitalismo o Poder Constituinte possui limites históricos e estruturais à sua plena manifestação. Ocorre que, se o fundamento de legitimidade de uma Assembleia Constituinte é a soberania do ente que a convoca, *A Nação*, ou *Nós, o Povo*, então a soberania brasileira é uma “*soberania bloqueada*” pois a sociedade brasileira sofre a chaga do subdesenvolvimento (Bercovici, 2013b, p. 316). Reverter esse processo envolve dar continuidade à *construção da Nação*⁶⁰, retomando o processo de internalização dos centros de decisão econômicos ao mesmo tempo que se inclui a população e se garante a homogeneização social, só assim o desenvolvimento pode ser entendido como efetivo, e só assim o desenvolvimento garante a democracia, do contrário trata-se de simples *modernização* (Bercovici, 2013b, p. 318).

Em que pese a explicação estruturalista da crise brasileira nos termos do processo de construção da Nação como um projeto interrompido⁶¹ (Furtado, 1992), Gilberto Bercovici insiste na tese da Constituição Dirigente⁶², pois as cláusulas transformadoras inscritas no texto constitucional de 1988, especialmente nos incisos dos seus artigos 3º e 1º abrigariam as diretrizes de um projeto nacional de desenvolvimento. Por isso a alternativa à Crise Constituinte se encontraria na possível *saturação* dessas cláusulas transformadoras. Como essa saturação é possível para este autor - o seu correlato, a construção da Nação ausente também o é (Bercovici, 2013b, p.319)⁶³.

Manter as esperanças nessa futura saturação das cláusulas transformadoras envolveria, no entanto, um diagnóstico sóbrio acerca da teoria constitucional brasileira, pois em sua

⁶⁰ Furtado, 1992.

⁶¹ A referência de Gilberto Bercovici (2013b) é mesmo ao diagnóstico de Celso Furtado em “Brasil a construção interrompida” (1992). Nesta obra, publicada no contexto pós-guerra fria e a propósito do processo de mundialização econômica em que o Brasil se inseria, como um pano de fundo à redemocratização, ponderando os limites e possibilidades da nova conjuntura, por exemplo, seria impossível reviver os tempos de elevadas taxas de crescimento neste novo contexto, portanto qualquer retomada do projeto de desenvolvimento nacional dali em diante deveria levar isso em conta.

⁶² Já defendida desde sua Tese de Doutorado, publicada como livro com o título “**Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**” em 2003, mas originalmente defendida em 2001 na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

⁶³ Senão vejamos a seguinte referência a Raymundo Faoro “Afim, Raymundo Faoro destacou que nunca, na história brasileira, o poder constituinte do povo conseguiu vencer o patrimonialismo e o aparelhamento de poder. No entanto, foram as investidas do poder constituinte democrático aquelas que efetivamente desafiaram o establishment. Para Faoro, este malogro parcial do poder constituinte no Brasil apenas reforça a luta para a sua revitalização como forma de tentar alterar as nossas problemáticas estruturas políticas e econômico-sociais.” (Bercovici, 2013b, p.319-320).

pretensão de autossuficiência esqueceu-se que a Constituição Dirigente só pode se “realizar” com o concurso da Política e do Estado, embora paradoxalmente tenha se ocupado cada vez menos de um e outro⁶⁴. Na verdade, “não é possível compreender a Constituição sem o Estado. A existência histórica e concreta do Estado soberano é pressuposto, é condição de existência da Constituição” (Bercovici *in* Nunes *et* Coutinho, 2004, p.266-267). Dessa forma, um dos problemas mais graves do estado da arte na Teoria da Constituição e da Teoria do Estado brasileiras, além de ainda se enredar no dualismo entre norma e realidade, é a ausência de reflexões bastantes sobre a formação do Estado brasileiro, assim como sobre a formação da Nação brasileira (Bercovici *in* Nunes *et* Coutinho, 2004, p. 267-270). São estas as observações que permitiriam à Teoria da Constituição refletir especificamente o contexto brasileiro, por isso haveria não uma Teoria do Estado, nem uma Teoria da Constituição, mas várias Teorias do Estado e Teorias da Constituição adequadas a cada contexto local. A proposta de retomar a Teoria do Estado de *Herman Heller* a partir de um diálogo com o diagnóstico de época de Celso Furtado em “Brasil. A construção interrompida” (1992) traz em si a intuição de que só por meio da promoção de um processo de desenvolvimento inclusivo conducente a uma homogeneização social suficiente, seria possível equacionar a Crise de Unidade Nacional brasileira.

O diagnóstico de época da crise dos anos 1990 é pensado exatamente entre este ponto e o que segue. Acontece que as teorias de Herman Heller e de Celso Furtado pressupunham um estado de normalidade no padrão de acumulação do capital (Bercovici, 2023, p.144)⁶⁵. A mudança no padrão de acumulação do capital no pós-guerras é descrita como uma mudança estrutural do próprio capitalismo em direção a um “capitalismo financeiro”. Uma das consequências desse novo padrão de acumulação é a forma por meio da qual a hegemonia norte-americana é exercida sobre a América Latina, tendencialmente esse modo de exercer a soberania por meio das finanças tende a ultrapassar as fronteiras nacionais, mantendo-as territorialmente intactas. A soberania territorial não é afetada, no entanto, a soberania econômica é esvaziada, a isso se refere o conceito de “soberania bloqueada” já aludido. Se a Constituição Econômica prometeu por meio de suas cláusulas transformadoras, a Constituição

⁶⁴ Na tese por meio da qual postulou a titularidade de Direito Constitucional da Faculdade do Largo de São Francisco, onde é Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política, Bercovici apresenta uma crítica ao constitucionalismo como uma espécie de filosofia política e, nesse sentido, ideologia operacional do Direito Constitucional (Bercovici, 2020). É significativo que nessa obra a epígrafe escolhida seja uma frase de Gerhard Anschütz: “aquí para o Direito Público”. Afinal, argumenta que o Direito Constitucional não é outra coisa que Direito Político, entendendo o constitucionalismo ideologia trans-histórica do Direito Constitucional, a Constituição é, por sua vez, tida como manifestação histórica e contingente do Direito Constitucional (Bercovici, 2020).

⁶⁵ *Para Bercovici.*

Dirigente (Total) vê os meios de que dispunha para saturar essas cláusulas escaparem e se tornarem ocultos (Bercovici, 2020, p.335).

Este fenômeno, sobre o qual dissertamos à altura da relação entre periferia latino-americana e centro hegemônico estadunidense, pode ser especificado na sua manifestação brasileira, na teoria e na prática, a partir do que Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto significam por meio dos conceitos de “Inversão da Constituição Dirigente” e “Blindagem da Constituição Financeira”:

A partir das últimas décadas do século XX, o padrão de financiamento público da economia do segundo pós-guerra passou a ser contestado, dando início à reação neoliberal e ao desmonte institucional do *Sistema de Bretton Woods*. Desde então, o paradigma constitucional que sustentara o Estado Social passou a ser fortemente atacado (...). (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p.59)

Se durante a experiência democrática de 1946 houve lastro para a experiência desenvolvimentista, uma vez que o “fundo público” estava parcialmente à disposição do Estado brasileiro, à serviço, portanto, do financiamento do salário indireto⁶⁶ e da aceleração do processo de acumulação do capital, o quadro se modifica na década de 1970. Com a “financeirização” ocorre uma “mudança da função do fundo público nas economias nacionais”, ou seja, progressivamente o Fundo Público é apropriado pelo capital financeiro, que busca garantir a sua própria remuneração. Isso explica a crescente obsessão pelos superávits primários, ainda que o objetivo seja simplesmente remunerar os credores da dívida pública, interna ou externa. Conjunturalmente, no Brasil, o fenômeno das elevadas taxas de juros, tornado crônico no Plano Real, soma-se como um complicador, pois multiplica a dívida interna brasileira e desestimula a inversão da poupança nacional em atividades produtivas, afinal poucas atividades remuneram mais o capital que uma taxa de juros quase sempre de dois dígitos (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p. 68-69).

No contexto brasileiro, as feições particulares deste fenômeno são visíveis na “*Mudança de Função do Orçamento Público*” cujo resultado imediato será a Supremacia da Constituição Financeira sobre a Constituição Econômica. Como disse, a ordem financeira brasileira é moldada já no Regime Militar através do Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG), de Roberto Campos e Octávio G. de Bulhões, pois já em 1964 logram fundar o Banco Central e organizar uma estrutura orçamentária em quatro peças distintas: o Orçamento Geral da União (Fiscal); o Orçamento da Previdência Social; O Orçamento das Empresas Estatais; e o Orçamento Monetário (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p.62). Com a crise dos anos 1970, a injunção por contenção de gastos públicos e controle orçamentário motiva transformações que

⁶⁶ Em síntese, os autores referem-se aos direitos sociais e aos serviços públicos a este título.

informarão a atual ordem financeira, herdada pela Constituição de 1988 (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p.63). Assim, por exemplo, em 1986 é criada a Secretaria do Tesouro Nacional, administradora dos fundos e programas de fomento geridos até ali pelo Banco do Brasil, em 1987 o Ministério da Fazenda sucede ao Banco Central na gestão da dívida pública, além de o Banco Central ser proibido de financiar o tesouro, sendo extintas suas funções de fomento (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p. 65).

A Constituição de 1988 prevê três leis orçamentárias distintas o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), esta engloba o Orçamento Fiscal, o Orçamento Monetário, o Orçamento das Empresas Estatais e o Orçamento da Previdência Social, o torque do processo de centralização e unificação orçamentária só vai se encerrar nos anos 1990, com a privatização dos bancos estaduais e com a consolidação da autoridade monetária no Banco Central e a aprovação da peça legislativa final, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) no ano de 2000⁶⁷, encerrando, assim, um processo que durou 30 anos. Todavia, a reestruturação da ordem financeira se limitou ao controle dos gastos públicos, não fornecendo nenhuma estratégia para o fortalecimento da ação estatal, isto é, para a implementação exitosa da constituição econômica (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p. 66). A doutrina e a prática constitucionais após 1988 confirmarão as reformas, promovendo a efetiva separação entre a Constituição Financeira e a Constituição econômica, primeiro (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p.67), consolidando-se a supremacia do Orçamento Monetário (garantia da estabilidade monetária) sobre o Orçamento Fiscal. Dessa forma, a Ordem Econômica intervencionista, núcleo da Teoria da Constituição Dirigente, é isolada de seus instrumentos financeiros, e relegada ao status de norma programática (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p.71). Num penúltimo passo, a própria Constituição Financeira se fecha recursivamente sobre si mesma, medindo sua eficácia em si, sem qualquer compromisso com a unidade da Constituição Total, trata-se da inversão lógica da Constituição Dirigente, esta relegava ao Direito Financeiro uma posição meramente instrumental, como sempre teve (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p.71). Finalmente, a Lei de Responsabilidade Fiscal complementa o processo, vedando aos agentes políticos recalcitrantes a busca do pleno emprego e a implementação de qualquer outra política financeira distinta da produção de superávits primários (Bercovici *et* Massonetto, 2006, p. 72), inclusive porque tipifica como crime a “promoção de déficit público”.

Na crise da Constituição Dirigente, os neoliberais apontavam o dirigismo constitucional como o responsável pela “ingovernabilidade”, na medida em que pretendeu se substituir à

⁶⁷ Lei Complementar n. 101, de 2000.

política, comprometendo o Estado brasileiro com pesados encargos que lhe paralisaram, ao fim e ao cabo (Bercovici et Massonetto, 2006, p. 72), no entanto, Bercovici aponta para a hipocrisia destes, na medida em que apenas os incomodou a vinculação do Estado às políticas públicas e aos direitos sociais, que engessariam a política. Já a constitucionalização das políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais, não haveria aparentemente nenhum engessamento, nenhum problema. Nada obstante, é aqui que a ideologia neoliberal triunfa sobre a Constituição Dirigente de 1988, mesmo antes da EC n. 95/16, uma vez que impõe, até mesmo via reformas constitucionais, um compromisso com as políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de isolamento da constituição financeira relativamente à constituição econômica. Trata-se do fenômeno da *blindagem da Constituição Financeira*.

a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da “ingovernabilidade”: a constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao Sistema Financeiro Internacional. *Esta*, a constituição dirigente invertida, *é a verdadeira constituição dirigente*, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riquezas privadas. (Bercovici et Massonetto, 2006, p. 73, *destaques meus*).

No entanto, o diagnóstico de um bloqueio à efetividade constitucional não se convertia imediatamente numa sentença de morte à Constituição. Logo à frente, Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto apontam alternativas viáveis para a retomada do projeto constituinte de 1988, conquanto ameaçado.

No entendimento de Plotkin e Scheuerman, a alternativa a este quadro é ampliar o controle democrático sobre os recursos públicos, buscando eliminar a influência do poder econômico privado. Outra possibilidade é a de se levar a sério o princípio constitucional de busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da Constituição de 1988), que torna possível a vinculação entre as constituições financeira e econômica. O desafio, no entanto, é grande. Afinal, já em 1943, o economista polonês Michal Kalecki advertia que nenhum governo manteria o pleno emprego se soubesse como fazê-lo, devido à desconfiança dos grandes empresários em relação à manutenção do pleno emprego por meio do gasto governamental. (Bercovici et Massonetto, 2006, p. 73)

1.3. A Crise de 2013-2018 entre esperanças, ilusões e frustrações: o fim das ilusões constitucionais de 1988?

Em contribuição polêmica publicada no ano de 2019 sobre os eventos temporalmente compreendidos até o ano de 2018, Gilberto Bercovici, Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Enzo Bello se perguntam pelo “Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?”, voltando-se

precisamente contra a chamada “Doutrina Brasileira da Efetividade” enquanto Teoria Tradicional da Constituição por excelência (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p.1769-1811)

Antes de tudo caberia devolver aos autores a pergunta: quais ilusões; ilusões de quem? Quanto àquela pergunta, respondem-nos autores

A grande ilusão que a teoria da constituição dirigente trouxe ao constitucionalismo pós 1988 foi a do instrumentalismo constitucional. A teoria da constituição dirigente é uma teoria da constituição autocentrada em si mesma, uma teoria “auto suficiente” da constituição. Ou seja, criou-se uma teoria da constituição tão poderosa, que a constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, desta forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Consequentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A teoria da constituição dirigente, portanto, é uma teoria da constituição sem teoria do Estado e sem política. E o paradoxal é que a constituição só pode ser concretizada por meio da política e do Estado (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p. 1773)

O titular das ilusões é a doutrina brasileira da efetividade, o que é curioso na medida em que desconsidera toda a gama de expectativas projetadas por estes autores na Constituição da República, como capaz de traduzir de maneira realista mas efetivamente de forma *utópica* um plano de desenvolvimento nacional portador da saída da situação de subdesenvolvimento que qualifica a nossa soberania bloqueada.

Nesse sentido, a magistratura brasileira tem utilizado como justificativa alguns elementos pra lá de subjetivos que são centrais na “doutrina brasileira da efetividade”, tais como “dignidade da pessoa humana”, “proporcionalidade”, “razoabilidade” e a própria “efetividade”, manejados através de técnicas de ponderação de interesses que se revelam uma verdadeira caixa preta repleta de subjetivismos.

[...]

Eis o canto da sereia: a propagação de um *fetichismo constitucional* através de uma visão da constituição como tábua de salvação do país e um sentimento de crença na constituição como “religião civil”, o que não ocorreu na prática e nos faz adotar postura de ateísmo quando olhamos para as consequências concretas disso no plano da materialidade da vida social (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p. 1779-1780, *destaques meus*)

Como alertou desde 1998, para Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira o que estava em jogo em meados dos anos 1990 era a

a situação constitucional europeia, marcada não apenas pela crise do paradigma do Estado Social, mas pelos desafios postos pelo processo de integração europeia [...]. [Sendo assim,] os problemas colocados pelas decisões a que se refere Gomes Canotilho são os de saber, primeiro, se os tribunais e cortes constitucionais estão partindo de uma pré-compreensão das Constituições como sistemas de normas ou como ordens de valores, uma questão metodológica, e, segundo o que tais distintas pré-compreensões acarretariam para a discussão acerca da legitimidade da Jurisdição Constitucional. (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 223)

Se este era o contexto, é no mínimo de baixa densidade uma reconstrução histórica que polarize apenas a doutrina brasileira da efetividade⁶⁸. Como se posicionou à época Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, tratava-se de construir um enfoque reconstutivo que superasse tanto as unilateralidades tanto da “doutrina brasileira da efetividade” em seu enfoque sociológico, quanto um déficit de legitimidade e de operacionalidade ínsito a

um retorno à velha Jurisprudência dos Conceitos ou a qualquer interpretação juridicamente adequada a um paradigma liberal de Estado, de sociedade ou de Jurisdição, que levaria a uma *postura meramente autor restritiva* por parte das cortes e tribunais, seria impossível, dada a complexidade apresentada pelos atuais problemas de integração social (conflitos étnicos, coletivos, bem como a superação das organizações nacionais, de base pretensamente monocultural) que termina por requerer uma postura aberta e construtiva por parte da jurisdição constitucional. (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 224-225)

Característico dessa crise seria o peculiar entrelaçamento entre a judicialização da política ou ativismo judicial (ora denominado juristocracia com base em R. Hirschl) e, do ponto de vista dos participantes, o reconhecimento reiterado de ocorrências de mutações constitucionais como estratégia de resolução não mediada da tensão entre fatos e normas em detrimento do pretense sentido original destas. Não exagero a importância do fenômeno para estes autores, na medida em que é este peculiar entrelaçamento que ratifica o fim das ilusões constitucionais.

Não por acaso, parece-lhes especialmente absurdo a fraude ao texto da Constituição no caso da interpretação constitucionalmente inadequada do princípio da presunção da inocência no caso do HC 152.752/PR (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p. 1783),

Em outras palavras, em trinta anos de vigência formal da Constituição de 1988, a ideia da juristocracia – fenômeno não mencionado por grande parte dos juristas brasileiros e menos ainda por integrantes do poder judiciário - foi capaz de fazer com que o mesmo judiciário se tornasse o verdadeiro senhor da constituição, de tal maneira que as decisões chegam a depender dos humores dos tribunais e das alegadas “vozes da rua”, revelando uma clara vocação de usurpação do poder constituinte, consagrando uma espécie de “sebastianismo” de redenção e suposta “refundação da república” brasileira; como, aliás, costumam se manifestar integrantes do próprio Supremo Tribunal Federal. A força normativa da constituição, tão festejada pela teoria constitucional brasileira, não resistiu a um mero ataque do órgão de jurisdição constitucional, o que leva à conclusão de que, até aqui, a Constituição de 1988

⁶⁸ Nestes termos definida: “Trata-se de campo teórico de perfil estritamente dogmático do direito constitucional brasileiro, com inspiração exclusivamente em autores europeus e estadunidenses, que desenvolve intensa produção bibliográfica a partir da década de 1990. Seu ponto de partida é o debate sobre a natureza das normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e os limites da sua aplicabilidade, a partir da obra de 1968 de José Afonso da Silva (Silva, 1998) - que classifica as normas constitucionais como de eficácia plena, contida e limitada. A intenção é ir além da ênfase nos planos da existência, validade e eficácia das normas constitucionais, para se investir na seara da efetividade, entendida como esfera de concretização das normas constitucionais, especialmente as de direitos fundamentais.” (Bello; Lima et Bercovici, 2019, p. 1775-1776)

sobreviveu formalmente mais pela tolerância de seus adversários do que pela capacidade de seus defensores em se articularem materialmente em torno das ideias que ela representava. A organização política brasileira não se demonstrou competente em defender seu próprio poder constituinte, deixando que ele se esvaísse pelas mãos de uma juristocracia, defensora de seus interesses no interior do próprio Estado. Intelectuais e políticos que tiveram o sincero compromisso com as bases da transformação estatuída pela Constituição de 1988, deixaram que suas mesmas incapacidades constitucional e política revelassem-se noutros âmbitos da constituição, o que ratifica o fim da ilusão” (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p. 1784)

O contexto de gênese da crise é corretamente reconduzido à crise de 2008, mas também reconstruído a partir de sua particularidade. Isso significa que a nossa crise remonta apenas em parte ao arrefecimento do crescimento chinês, pois importa enxergar os governos petistas como consequentes com o processo da Reforma Administrativa dos anos 1990, responsável pelo deslocamento da função do Estado para a Constituição Dirigente de 1988. Dessa forma, conviveu-se durante o petismo com a reprimarização da economia brasileira e o estabelecimento do Novo Extrativismo.

Ao mesmo tempo em que se buscou reformular a estrutura administrativa do Estado, a política industrial autônoma ou soberana teve que ser abandonada para que os países latino-americanos fossem admitidos na nova ordem mundial da globalização neoliberal. A América Latina reverteu, então, sua estratégia de desenvolvimento, regredindo da industrialização por substituição de importações para a exportação de produtos primários, aproveitando-se de uma elevação dos preços internacionais daqueles produtos agrícolas ou minerais. Com preços internacionais favoráveis, os países latino-americanos aceleraram seu processo de crescimento baseado na primarização ou reprimarização das exportações. Os regimes ditos pós-neoliberais na América Latina a partir dos anos 2000, no entanto, continuaram dirigindo sua política econômica para a extração de recursos naturais e consagraram a exportação de produtos primários (commodities) como estratégia de desenvolvimento nacional, instaurando uma política que hoje vem sendo denominada de “Novo Extrativismo” (“New Extractivism”). O “novo extrativismo” é uma política que combina ativismo estatal e uma estratégia de crescimento fundada na exploração de recursos naturais com o objetivo de ampliar a inclusão social. Para tanto, estes governos entendem que os recursos naturais seriam uma verdadeira benção, gerando rendas facilmente tributáveis que poderiam ser utilizadas para financiar as políticas sociais. A extração de recursos foi entendida como uma mera questão da capacidade do Estado regular as operações de mineração ou exploração petrolífera ou o agronegócio para conseguir acordos melhores com as agências financiadoras internacionais e tentar aplicar às empresas regras de controle em relação aos seus impactos sociais e ambientais. O pressuposto do “novo extrativismo” é um Estado mais intervencionista e um regime regulatório mais forte. A demanda da China e do Leste Asiático por produtos agrícolas e florestais, combustíveis fósseis e outras fontes de energia e por minerais industriais estratégicos acarretou a ampliação do investimento estrangeiro nos setores agrícola e mineral e consagrou, com as políticas do “novo extrativismo”, a reprimarização das economias latino-americanas, impedindo a recuperação das políticas industriais abandonadas nos anos 1990. O “novo extrativismo” não passa, assim, de uma nova forma de subordinação da estratégia de desenvolvimento dos países latino-americanos aos fluxos do comércio internacional. (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p. 1787-1788)

Há importantes continuidades, inclusive mais relevantes que as discontinuidades por mim ressaltadas na penúltima seção deste trabalho. No entanto, há também importantes

distinções. Inicialmente, configurar-se-ia uma “*dualidade*” entre ordem constitucional e estado de exceção, é nessa trilha que a obra de Ernst Fraenkel é reconstruída do ponto de vista dos participantes. Isto é,

O contorcionismo praticado por juízes e tribunais atualmente para a aplicação seletiva da constituição e das leis, e o esforço para insistir na justeza de tal aplicação perante a opinião pública são denunciadores da suspensão do texto constitucional, bem como da sobreposição institucional de suas jurisprudências sobre o que o texto constitucional estabelece. Assim, a liberdade de ação para a utilização do direito como arma política – a mais “perniciosa” das armas da disputa política – tem sido decisiva para o desgaste da constituição. Justamente para a constituição que entregou sua própria guarda à última instância do poder judiciário; o qual se encarregou de esvaziá-la. Percebe-se uma dualidade existente no âmbito da aplicação (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p.1790-1791)

A crise constitucional de 2013-2018 caracteriza-se pela convergência entre o golpe de 2016 que reinaugurou o que Paulo Bonavides denominava de “*Golpe de Estado Institucional*”, na medida em que o Impeachment é “um processo político (sic), mas depende de sólida fundamentação jurídica”. Esta categoria designa o fenômeno pelo qual o regime constitucional inaugurado em 1988 “mantém as aparências democráticas, mas as instituições mudam em sua essência, promovendo a derrubada da Constituição de 1988 para a implementação das políticas econômicas neoliberais” (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p. 1795). Do ponto de vista econômico, é a instituição do “Novo Regime Fiscal” pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determinando “o congelamento por vinte anos de investimentos do governo federal nas áreas de saúde e educação” (Bello; Lima, Bercovici, 2019, p. 1798) para a recomposição das finanças do governo em razão da crise econômica.

Dessa forma o contexto de gênese da crise econômica – em sua descontinuidade – alicerça-se na “inversão da constituição dirigente” e na “blindagem da constituição financeira”, com a subsequente constatação do fracasso da constituição financeira de 1988 em dar suporte para a efetivação da constituição econômica diante da Emenda Constitucional n. 95, de 2016.

Um dos motivos deste fracasso é a separação que a doutrina constitucional pós-1988 promoveu entre a constituição financeira e a constituição econômica, como se uma não tivesse nenhuma relação com a outra e como se ambas não fizessem parte da mesma Constituição de 1988. A constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse “neutra”, meramente processual, com diretrizes e lógica próprias, separada totalmente da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia. Separada da constituição financeira, a constituição econômica de 1988 foi transformada em mera “norma programática”. A adoção das políticas ortodoxas de ajuste fiscal e a implementação das medidas de redução do papel do Estado na economia e de atração de investimentos estrangeiros fez com que se tornasse necessário garantir determinadas medidas de política econômica mesmo contra as maiorias políticas, gerando um processo de

reformas constitucionais em vários países, cujo objetivo foi "constitucionalizar a globalização econômica". Com a garantia dos investimentos constitucionalizada e a retórica sobre "segurança jurídica", "regras claras", "respeito aos contratos", "Estado de direito" (ou "Rule of Law") sendo utilizada contra qualquer atuação estatal que contrarie os interesses econômicos dominantes, instituiu-se um fenômeno denominado "blindagem da constituição financeira", ou seja, a preponderância das regras vinculadas ao ajuste fiscal e à manutenção da política monetária ortodoxa que privilegia os interesses econômicos privados sobre a ordem constitucional econômica e as políticas distributivas e desenvolvimentistas. (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p. 1799-1800)

No entanto, a particularidade específica do contexto de 2013-2018 é a fraude “interna” à Constituição, da perspectiva do participante dos processos de aplicação do direito, denuncia-se uma “*ruptura constitucional*” da qual principalmente o Supremo Tribunal Federal seria culpado. Nos anos 1990, as tentativas de desfiguração da Constituição de 1988 advinham do Poder Legislativo (*sic*) e do Poder Executivo, particularmente quando se colocavam os problemas dos limites ao poder constituinte de reforma, seja via Emenda ou Revisão Constitucional.

Não somos os primeiros a denunciar o golpe institucional contra a Constituição de 1988, nem os primeiros a declarar a sua morte. A diferença, talvez, se dê no fato de que Paulo Bonavides e Fábio Konder Comparato escreveram suas análises no contexto do processo de desfiguração constitucional levado a cabo pelo governo de Fernando Henrique Cardoso em que havia um embate claro entre os defensores do texto constitucional e os seus oponentes neoliberais. A partir dos anos 2000, esse embate arrefeceu, o que não significa que não continuaram existindo disputas entre os vários grupos políticos e econômicos em torno da constituição. O recrudescimento do ataque à constituição, no entanto, mudou de lugar e, embora continue contando com apoio no Congresso Nacional e no Poder Executivo, passou a ser desferido preponderantemente a partir do Supremo Tribunal Federal. Com o golpe jurídico-parlamentar-midiático de 2016 e as contínuas violações ao texto constitucional por parte de todos os poderes, o sistema constitucional brasileiro de 1988 simplesmente colapsou. Infelizmente, a Constituição de 1988 não fará parte de qualquer que seja o caminho para a resolução da atual crise nacional, pois ela perdeu o potencial de limitar e orientar a composição e dinâmica das relações políticas e sociais. De tanto ser desrespeitada a céu aberto, seja pelo golpe jurídico-parlamentar-midiático de 2016, seja por reiteradas decisões contrárias ao seu texto tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelos falsos argumentos da “governabilidade” que tanto utilizam nossos autointitulados juristas, ficou só a folha de papel, descolada dos fatores reais de poder. (Bello; Lima; Bercovici, 2019, p. 1802)

A advertência de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, na década de 2000, no contexto do debate sobre a revisão constitucional daquela década, (Cattoni de Oliveira, 2006, p. 29-101; Cattoni de Oliveira, 2007, p. 1-10) ainda deve ser observada

Há um certo amargor, uma certa frustração, em relação à história desses últimos tempos, como se o ano de 1988 tivesse sido um momento, mais uma vez de crença e de fé na possibilidade de mudança. Todavia, quase 18 anos depois, ao se olhar para trás e buscar reconstituir toda a caminhada, adviria um sentimento de fracasso. Devo

dizer que tenho severas dúvidas com relação à maneira como essa suposta história de fracassos possa considerada. Casou-me um certo espanto, por exemplo, quando após 10 anos da Constituição, grandes juristas brasileiros por quem tenho grande admiração, inclusive porque alguns deles participaram e lutaram decisivamente pelo processo de redemocratização, chegaram a lançar um livro em que um deles dizia que a Constituição e não só a Constituição, mas quem sabe o projeto constitucional, estaria; seria, portanto, necessário celebrar uma *missa fúnebre* pela Constituição de 1988, em reconhecimento de nossa incapacidade de constituir uma sociedade uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais (Cattoni de Oliveira, 2006, p. 49-50, *destaques do original*)

Assim, quando os autores nos confrontam com a pergunta pelo “Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?” defendo o mesmo ceticismo com relação à proposta de aprendizado com a nossa história que outrora Marcelo Cattoni propôs. Uma reconstrução da Constituição como sistema de direitos paradigmaticamente adequada ao Estado Democrático de Direito não é nenhum “*substituto concreto para uma utopia*” (Habermas, 2010, p. 530-531). Quem quer que continue a projetar uma forma concreta de vida boa inadequada ao paradigma procedimental corre o risco de assumir sem tematizar reflexivamente as premissas, por exemplo, dos dois paradigmas constitucionais de maior sucesso, o paradigma social e o paradigma liberal que continuam a concorrer ainda que de forma não ingênua – no interior do Estado Democrático de Direito (Habermas, 2010, p.469-532). Portanto deve ser responsabilizado pelas expectativas normativas inadequadas ao objeto em que projeta – consequência sociologicamente relevante do *déficit hermenêutico* que achaca seu enfoque – da qual só se pode resguardar na medida em que se chegue a um conceito do que uma Constituição efetivamente é⁶⁹.

Ademais, as “frustrações” (Cattoni de Oliveira, 2006, p. 35) do Utopismo Constitucional devêm de um conceito equivocado ou ausente do Constitucionalismo, sobretudo das suas relações internas com o modo de produção capitalista. Por outro lado, é preciso primeiro chegar ao conceito de Constituição para que então se possa tornar plausível a acusação de que este “algo” não atinge a sua finalidade imanente (Gomes, 2019b). Não menos problemática e debitoria dessa falta conceitual é a relação dilemática estabelecida entre Constitucionalismo e Democracia. O vínculo interno entre Constitucionalismo e Capitalismo oculta-se outra vez. Nesse sentido a legitimidade tratada como um terceiro entre os dois termos, como inerente à política democrática, em tese possível antes ou independentemente da Constituição constitui um outro problema. Nessa profusão de equívocos, perde-se de vista tanto o vínculo entre os problemas da legitimidade e da efetividade, quanto a sua relação com a legalidade, reduzida à

⁶⁹ Como se verá na seção 4.

“simples” dimensão textual, formal. Para a mirada hegeliano-marxista não é possível distinguir forma de conteúdo, resultado de vir-a-ser.

Portanto, se diacronicamente as “frustrações” do Utopismo Constitucional revelam uma *oscilação* em direção a uma posição mais pessimista, na verdade, como veremos, em direção ao Niilismo Constitucional, isso se dá de maneira meramente tendencial e em prejuízo do Utopismo Constitucional em razão das perdas em rigor conceitual.

2. O NIILISMO ⁷⁰ CONSTITUCIONAL: CRÍTICA AO DIREITO ENQUANTO CRÍTICA AINDA CONSTITUCIONAL À LEGALIDADE⁷¹.

2.1. Teoria Marxista da Constituição e Teoria Geral do Direito e Marxismo: possibilidades, afinidades e particularidades

As mercadorias não podem ir por si mesmas ao mercado e trocar-se umas pelas outras. Temos, portanto, de nos voltar para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. Elas são coisas e, por isso, não podem impor resistência ao homem. Se não se mostram solícitas, ele pode recorrer à violência; em outras palavras, pode tomá-las à força. Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, seja ela legalmente desenvolvida ou não, é uma relação volitiva, na qual se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou volitiva é dado pela própria relação econômica. (Marx, 2017, p.159).

Nessa subseção me ocuparei da arquitetônica mais ampla da proposta hegemônica de aproximação entre direito e crítica da economia política com Pachukanis. Com lastro na obra do próprio E. Pachukanis e Márcio B. Naves, amparando-me residualmente também em Alysso Mascaro (Mascaro *in* Akamine Jr. *et* Mascaro, 2013), traçarei a recepção althusseriana do autor soviético no Brasil, nos limites das continuidades possíveis entre tantos autores. E. Pachukanis, traçarei alguns limites e possibilidades para “soluções de continuidade” em termos

⁷⁰ Por *niilismo constitucional* eu significo a relação entre teoria e práxis *na mediação jurídica*. Levando em consideração a proposta teórica de A. Mascaro, *assim como*, as suas projeções práticas, conceituo a sua obra como um todo enquanto niilismo constitucional. Em síntese, exige-se da realidade condições ideais que tornariam de tal forma a prática ela mesma desnecessária, isto é, sua formulação trabalha sob uma condição suspensiva: enquanto vigorarem as condições reais, nega-se a realidade, deslegitima-se a prática. Como tenho em consideração a expressão performativa desse tipo de formulação, é uma consequência necessária da sua teoria a negação da realidade, a deslegitimação da prática.

⁷¹ A rigor, embora eu fale em *niilismo constitucional*, é necessário lembrar que Stephen Powell, em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Florida em 1967, utilizou a categoria “*legal nihilism*” para caracterizar a obra pachukaniana. Ricardo Prestes Pazello também faz alusão ao termo duas vezes em sua tese, *cf. Pazello*, 2014c, p. 295.

teóricos cujo valor se lastreia na maior ou menor fidelidade aos escritos marxianos. Em um segundo momento, me ocuparei da arquitetônica formal da aproximação Teoria Geral do Direito e Marxismo e a Teoria Derivacionista, mormente de Joachim Hirsch, por certo o que tem animado a Teoria do Estado Marxista de Alysson Leandro Mascaro. Para factibilizar essa exposição, reconstruirei a relação estabelecida pelo autor entre forma mercadoria, forma jurídica e forma política procurando antes explicitar os momentos de tensão desta com as categorias de Luta de Classes, Estado de Direito e Democracia Política. Por fim, estabelecerei o valor posicional das ideias de Legalidade e Constituição nessa proposta. Para isso, desenvolverei sucintamente as relações categoriais a partir, especialmente, da obra madura de A. Mascaro⁷².

Na redação dessa dissertação tomei sempre por premissa os resultados alcançados por David F. L. Gomes em seu “*Karl Marx: Direito e Crítica da Economia Política. Com e Além de Pachukanis.*” (2019b). Por isso, presumo que Marx não desenvolveu uma análise detida sobre Marx e que a procura por “uma compreensão mais sistemática da relação entre direito e crítica da economia política [tem por] um bom ponto de partida a obra do jurista soviético Evguiéni Pachukanis” (Gomes, 2019b, p. 175). Pachukanis parte do princípio que “o direito, considerado em suas determinações gerais, como forma, não existe somente na cabeça e nas teorias dos juristas especialistas” (Pachukanis, 2017b, p. 83), *ao mesmo tempo* ele possui uma história real qual “sistema específico de relações, no qual as pessoas entram não porque o escolheram, conscientemente, mas porque foram compelidas pelas condições de produção” (Pachukanis, 2017b, p.83). Estudá-lo envolve construir, por meio de generalizações, “a riqueza de formas, relações e dependências como resultado da combinação de elementos mais simples e abstrações mais simples” (Pachukanis, 2017b, p. 81) como em qualquer outra ciência, no entanto, naqueles casos em que não é possível decompor a realidade em seus elementos mais simples, valemo-nos das abstrações, a maior ou menor perfeição da *abstração* determina a maturidade da ciência social em questão (Pachukanis, 2017b, p.81). Nesse sentido, a forma jurídica é a categoria mais concreta e por isso a menos imediata, no entanto enquanto categoria, possui não só *diferentes conteúdos*, mas *uma história*. Pois bem, a *redução* dessa *categoria* pressupõe o substrato da *forma madura do direito*:⁷³

⁷² Refiro-me às obras posteriores a Estado e Forma Política (2013) inclusive, pois é a partir desta que o autor amadurece seus insights a respeito de uma crítica do Estado como forma política derivada da forma mercadoria no marco da Teoria Derivacionista de J. Hirsch (Hirsch in Margem Esquerda, 2018, p.85-108).

⁷³ Sobre o amadurecimento da forma jurídica, Pachukanis reconhece na tradição do direito romano o desenvolvimento do sistema de direito privado sem que o tenha pensado, a tradição jusnaturalista clássica afigura-se como o momento ótimo da teorização do direito e da preocupação com a categoria de “forma jurídica”:

devemos começar pela análise da forma jurídica em seu aspecto mais abstrato e puro e passar, depois, pelo caminho de uma gradual complexidade até a concretização histórica. Por isso não devemos perder de vista que o desenvolvimento dos conceitos corresponde ao desenvolvimento dialético do processo histórico. A evolução histórica traz em si não apenas uma modificação no conteúdo das normas jurídicas e uma modificação das instituições do direito, mas também o desenvolvimento da forma jurídica como tal (Pachukanis, 2017b, p. 86)

Logo, a forma jurídica é uma categoria e, como tal, possui uma existência concreta.

Se por um lado a riqueza da sociedade assume a forma de uma coleção de mercadorias, por outro lado, a sociedade se apresenta como cadeia ininterrupta de relações jurídicas. O problema teórico da Economia Política é a produção da riqueza, no entanto, as trocas de mercadorias pressupõem uma sociedade atomizada. Logo a produção da riqueza pressupõe o contrato como elo mediador entre as riquezas isoladas em patrimônios.

A relação jurídica entre os sujeitos é apenas o outro lado das relações entre os produtos do trabalho, tornados mercadoria. É ela a célula viva do tecido jurídico, nela o direito realiza seu real movimento, portanto sem ela o direito é abstração sem vida (Pachukanis, 2017b p. 97). Isso não significa que as normas jurídicas que pretendam regular relações sociais sejam ilusórias: significa apenas que devem ser entronizadas pela sociedade civil para se tornarem efetivas.

A passagem reproduzida no início desta subseção é o parágrafo inicial do capítulo II do volume I de *O Capital*, a partir dela infere-se a forma jurídica: a equivalência.

Os pressupostos materiais da comunicação jurídica, ou a comunicação entre os sujeitos de direito, foram elucidados por Marx no Livro I de *O Capital*. É verdade que ele o fez somente de passagem, na forma de sugestões muito gerais. Contudo, tais sugestões ajudam a compreender o momento jurídico das relações entre as pessoas bem melhor que vários tratados sobre a teoria geral do direito. A análise da forma do sujeito *deriva* diretamente da análise da forma da mercadoria. A sociedade capitalista é antes de tudo uma sociedade de proprietários de mercadoria. Isso significa que as relações sociais entre as pessoas no processo de produção adquirem aqui a forma reificada dos produtos do trabalho que se relacionam uns com os outros graças a uma espécie de lei natural, que age sobre as pessoas de modo completamente independente de sua vontade” (Pachukanis, 2017b, p. 119, *destaques meus*)

F. Engels e K. Kautsky publicaram em 1887 “O Socialismo Jurídico”, em resposta aos escritos de Menger. Neste curto artigo, encontra-se um dos mais reproduzidos excertos da

“Correspondentes a esses dois ciclos de desenvolvimento cultural, temos duas épocas de ápice do desenvolvimento dos conceitos jurídicos gerais: Roma, com seu sistema de direito privado, e os séculos XVII-XVIII, na Europa, quando o pensamento filosófico descobriu o significado da forma jurídica como uma oportunidade de realizar a vocação da democracia burguesa.” (Pachukanis, 2017b, p. 86)

tradição marxista: “a bandeira religiosa tremulou pela última vez na Inglaterra no século XVII, e menos de cinquenta anos mais tarde aparecia na França, sem disfarces, a nova concepção de mundo, fadada a se tornar clássica para a burguesia, a concepção jurídica de mundo” (Engels *et* Kautsky, 2012, p.18).

Alysson Mascaro realça a *dupla historicidade do direito*: o nexos entre direito e capitalismo é estrutural, só há juridicidade em um dado grau de amadurecimento do mercado de trocas capitalista (Mascaro *in* Akamine Jr. *et al*, p.47). É quantitativa e qualitativamente variável historicamente: apresenta variações institucionais não essenciais assim como variações na qualidade de forma social, pois direito e capitalismo estão umbilicados.

Nos primórdios do desenvolvimento da forma mercadoria, no capitalismo mercantil, a forma jurídica se estabelece à margem das outras instituições sociais. A premissa do capitalismo mercantil é uma estrutura de trocas de equivalentes: as mercadorias são trocadas por pessoas que se reconhecem como proprietários de coisas passíveis de serem trocadas mediante o assentimento mútuo. Por algum tempo o mercado de trocas capitalista conviverá com uma sociabilidade não capitalista: sujeitos que se encontram e trocam mercadorias conforme a lógica interna da equivalência gozarão de status diferentes na sociedade. Senhores e servos podem trocar numa feira livre, sem que por isso percam o seu status na sociedade. Neste primeiro o Estado Absolutista se imporá no plano político, dessa forma a legalidade será a exceção e a bandeira da burguesia. O *status* jurídico das pessoas continuará vinculado ao conjunto de normas pré-modernas.

Durante um longo período o capitalismo mercantil conviverá com a acumulação primitiva de capitais. Este processo violento dissolve as ligações do camponês com a terra, despoja-o de seus instrumentos de produção, e até mesmo dos seus meios de subsistência, chegando a termo, este processo forja o trabalhador que não detém nada senão sua força de trabalho para vender no mercado, assim como as condições objetivas de produção das quais o trabalhador foi despojado são refuncionalizados pela auto-constituição do Capital. A este processo Alysson Mascaro acrescentará um último passo, a destituição do trabalhador dos saberes específicos para a realização do trabalho em sua inteireza, trata-se da tese de Márcio Naves sobre a subsunção real do trabalhador ao capital (Mascaro *in* Akamine Jr., 2015, p.49). Em síntese “a circulação mercantil e a produção baseada na exploração da força de trabalho livre assalariado constituem socialmente, o sujeito portador de direitos subjetivos” (Mascaro, 2013, p. 40).

O produto deste movimento histórico é um trabalhador capaz de executar um trabalho destituído de qualidades, um *trabalho abstrato*, e derivado dele, um *sujeito abstrato*⁷⁴ (Mascaro in Akamine Jr., 2015, p. 49). Durante o mercantilismo, há a mera subsunção formal do trabalhador ao capital, enquanto este não for realmente subsumido ao capital, a forma mercadoria não se plenifica e, por conseguinte, tampouco a forma jurídica. Do ponto de vista do direito, todas as suas manifestações pré-capitalistas são também pré-jurídicas, mas uma análise imanente encontrará na categoria do “*sujeito de direito*” o momento da sua *plenificação*. A essência da forma jurídica é a forma do sujeito de direito, ou seja, não só as mercadorias são equivalentes, mas o próprio trabalhador é um equivalente vivo porque o seu trabalho é um trabalho abstrato subsumido ao capital (Mascaro in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 51).

Para o autor a forma jurídica é uma *derivação* histórica, um *reflexo*, um *espelho* da forma mercadoria, de forma que todos os seus usos estariam, em princípio, vedados, todos os seus usos são arranjos da subjetividade jurídica que fortalecem o capital (Mascaro in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 52). Não destaquei a passagem de Engels e Kautsky por acaso, nessa leitura existe uma essencialização da forma jurídica: na medida em que se toma “pessoa” por equivalente de “sujeito” terminologicamente, o processo moderno de individuação promovido pelo capital é um processo ideológico de subjetivação, de conformação da psíquica do indivíduo à lógica capitalista, de subsunção do sujeito ao Capital. Assim, a única práxis realmente emancipatória é aquela que acelera o definhamento da forma do sujeito de direito, possibilitando a emergência de uma sociabilidade diferente. Sobre isso, vale conferir a tese de doutorado de Celso Naoto Kashiura Jr., onde uma crítica da moralidade burguesa é colocada como fundamento da crítica da forma sujeito de direito (Kashiura Jr., 2014).

É justamente na posição de igualdade dos sujeitos para os vínculos contratuais que se dá o ensejo da desigualdade econômica. Entre igualdade formal e desigualdade real não se dá uma oposição nem um ocultamento do outro. Para a desigualdade, é preciso a igualdade. É justamente no plano da equivalência subjetiva que pode se dar a extração do valor, a circulação de mercadorias e a exploração. A forma sujeito moderna se funda na vontade. Esta, tanto no plano da constituição do indivíduo como também da articulação jurídica, é o mecanismo central de tal vínculo entre iguais da desigualdade econômica (Mascaro in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 54)

A circulação mercantil anela-se às relações de produção capitalistas mediante a forma da subjetividade jurídica (Mascaro in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 56). Uma vez que ao desenvolvimento da esfera da circulação se siga o desenvolvimento da esfera da produção, é a

⁷⁴ Ênfase que essa é a posição de Márcio Bilharinho Naves sobre a obra de Pachukanis, reproduzida por Alysson L. Mascaro conscientemente, não concordo esta posição, embora essa não seja a oportunidade de esclarecer este ponto.

subsunção material do sujeito ao capital que garantirá o processo de reprodução capitalista, ou antes, permitirá que a circulação de mercadorias se entrelace internamente com a produção perfectibilizando mutuamente a forma jurídica e forma mercadoria. O contexto político subjacente são as revoluções burguesas e a formação dos Estados modernos. Mesmo que Pachukanis tenha escrito Teoria Geral do Direito e Marxismo contra algumas correntes marxista, dentre as quais a crítica do direito como simples ideologia, o momento fulcral do modelo de Mascaró é uma crítica da forma jurídica como “forma sujeito de direito”, porquanto a ideologia se inscreve materialmente nas práticas advindas da circulação mercantil, sobretudo quando o trabalhador objetiva a sua força de trabalho e a vende qual mercadoria (Mascaró in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 55).

Com isso, a coerção, a hierarquia, a extração de mais-valor, a desigualdade real e estrutural entre os indivíduos se confunde na perspectiva ideológica com a igualdade, a vontade livre, e a relação social voluntária, que são o interpelante da subjetividade no capitalismo. Não se trata de máscara de um pelo outro, mas, sim, de fulcro ideológico constituinte. Ao se estabelecer como sociedade da mercadoria, o capitalismo é então centrado em subjetividades, e estas são jurídicas. *Prepondera a constituição ideológica pelo sujeito e não por mecanismos de classe ou grupo.*” (Mascaró in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 55-56, *destaques meus*).

Se a *forma jurídica* se faz derivar historicamente da forma mercadoria - é o seu reflexo - os conteúdos jurídicos que emergem da *forma*, e são por ela moldados, as lutas de classes e frações de classe se dão no âmbito do *conteúdo jurídico*, nas instituições jurídicas, permitindo quantitativas do direito (Mascaró, 2013). A própria luta por direitos sociais e coletivos, o surgimento de um direito público, é uma variação quantitativa, frequentemente introduzida por normas jurídicas: o resultado é um desarranjo no conteúdo do direito que, tensionado pela luta entre classes e frações de classes, deve se reorganizar para comportá-los dentro do contínuo da forma jurídica. No entanto, não passam de variações não essenciais, pois o núcleo da subjetividade jurídica é estável, é o direito privado, suas refrações podem diferir do núcleo, mas sempre por oposição e, tendencialmente, retornam à configuração anterior (Mascaró in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 57-58). Na síntese de Mascaró,

Assim, mudanças de governo, guerras, revoltas, revoluções, podem alterar até enormemente o quadro do direito público, mas, quase nunca, o fazem em relação ao direito privado. As relações de propriedade, de garantia contratual e de responsabilização civil têm, historicamente, *muito mais estabilidade que as normativas de direito constitucional* (Mascaró in Akamine Jr., 2015, p. 58)

A forma jurídica é historicamente derivada da forma mercadoria, estabelece uma relação de equivalência entre mercadorias e entre sujeitos. A forma política estatal também é

historicamente derivada da forma mercadoria. Posteriormente à derivação jurídica, a forma política estatal se faz derivar da forma mercadoria elevando-se como um aparato terceiro e imparcial face aos sujeitos que se confrontam no mercado, nesse sentido a forma política viabiliza os vínculos entre capitalistas e assalariados, ou seja, é necessário que exista “um aparato terceiro aos agentes que tenha uma materialidade política suficiente para fazer jungir os vínculos em casos de negativas e também para garantir o entesouramento do capitalista” (Mascaro in Akamine Jr. *et al*, 2015, p.59). Além disso, a burguesia não tem poder direto sobre esse aparato, é possível até mesmo que as instituições políticas, distintas da forma política, sejam alcançadas pelos trabalhadores. Não obstante não ser apropriável pela burguesia, a forma política estatal é derivada das relações capitalistas, é espelho da forma mercadoria. É por meio da tributação que o Estado se mantém (Mascaro, 2013). Neste particular, variações de conteúdo pró-trabalhistas, variações nas instituições políticas podem gerar perturbações no conteúdo relativamente independente das instituições jurídicas e políticas, funcionalizando-as diretamente à lógica do capital (Mascaro in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 60).

A forma jurídica e a forma política se atravessam e produzem uma *derivação secundária* ou, antes, uma *conformação*: o produto é uma técnica de normatização, as normas jurídicas emanadas do estado que produzem direitos subjetivos (Mascaro in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 60). Essa derivação também é histórica: o Estado pode impor às relações jurídicas a observância do salário-mínimo, das normas trabalhistas, avançando sobre o jurídico, mas jamais negará o núcleo de sentido da forma jurídica, pois do contrário isso obliteraria a forma jurídica, a forma política e até a forma mercadoria (Mascaro, 2013, p. 42). Da mesma forma, o jurídico tensiona o político ao conformá-lo: pode impor convenções arbitrais, submeter o Estado à jurisdição de tribunais internacionais ou até mesmo comprometer a esfera da soberania estatal mediante tratados, mas não atingirá o núcleo da forma política estatal (Mascaro, 2013, p. 42-43). Em síntese, as *derivações de segundo grau* ou *conformações* instauram *modulações* de sentido entre uma e outra forma.

A Constituição, para Mascaro, tem o simples sentido de norma jurídica de direito público

Os Estados do mundo constituem, modificam ou negam, ao bel prazer, desde as constituições até os códigos ou as normas infralegais. Tratando de modo simbolístico, se os Estados do mundo rasgam as diretrizes da Constituição, que é a norma mais alta da hierarquia jurídica do direito positivo, não rasgam, no entanto, as diretrizes do Código Civil. O núcleo da forma-sujeito se mantém como razão estrutural de preservação da forma-mercadoria, o que é também a razão estrutural da preservação da própria forma política estatal. (Mascaro, 2013, p. 43)

Nesta *conformação* ou *derivação secundária* se produz a *legalidade*, enquanto determinação derivada em última instância da forma mercadoria: por isso as teorias da argumentação e as teorias da interpretação escondem o óbvio. É que a legalidade contém em si a exceção em um contínuo com relação ao qual estas duas determinações não são mais que dois extremos, respeitando estes termos qualitativos a *quantidade da política e do direito* oscila entre a acumulação à exploração, mas sempre efetiva a marcha da mercadoria (Mascaro *in* Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 62)

2.2. A História da Legalidade no Brasil: crítica da legalidade como crítica do constitucionalismo moderno.

Em sua tese publicada em livro “Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro”, o autor pretende *desmascarar a legalidade da legitimidade* com a qual aquela se reveste mediante a demonstração dos nexos estruturais e necessários entre *capitalismo e legalidade*. Vinculado internamente a esse problema, pergunta-se pela relação entre a pretensão de *universalidade* da *legalidade formal* e a *desigualdade de fato* produzida por meio daquela. Ainda, da perspectiva de uma Teoria da Sociedade, vale-se de um diagnóstico do processo de modernização social e de racionalização das instituições que lhe fornecerá a trilha para uma crítica da razão. Em um momento intermediário, o autor reconstrói a história da legalidade brasileira como um caso de desvio estado de coisas que apreende indistintamente ora por meio da categoria de *legalidade atípica*, ora por meio da categoria de *legalidade instrumentalizada*. Sincronicamente o desvio que Mascaro surpreendeu na legalidade, a partir dessas categorias, foi vertido no uso oscilante das categorias “sociedades de modernidade periférica” e “sociedades dependentes”. Ainda, é da interpenetração da mundividência dependente com a legalidade atípica *e o fenômeno histórico da escravidão negra* que resulta uma sociedade autoritária no Brasil. Enfim, valendo-se do contraste descoberto entre “legalidade atípica” e “legalidade universal”, o autor cunhará as categorias “legalidade instrumentalizada”, “legalidade esvaziada” e “legalidade rompida” para explicar os distintos contextos de gênese de crises econômicas mediadas juridicamente no Brasil.

Na transição da “Idade Média⁷⁵” à “Idade Moderna⁷⁶”, o capitalismo mercantil conhece o seu pleno florescimento, desenvolve-se no seu esteio uma esfera de circulação de mercadorias. No entanto, o modo de produção predominante ainda será determinado

⁷⁵ Categoria usada por Mascaro (2013;2018;2019)

⁷⁶ Categoria usada por Mascaro (2013;2018;2019)

juridicamente pela Constituição Mista, por algum tempo o mercado de trocas capitalista conviverá com uma ordem social na qual as pessoas obtêm seu *status* jurídico consoante *o seu lugar de nascimento* em uma ordem ainda vigente. Neste interstício *não há forma mercadoria, forma jurídica ou forma política*, mas há um processo de acumulação originária de capitais que progressivamente dissolverá os vínculos das pessoas com a terra, despojar-lhes-á dos instrumentos de trabalho e dos meios de subsistência, e se a este processo acrescermos a progressiva individuação induzida pelo capital desde que seus imperativos de autovalorização começam a atuar sobre uma sociedade, ficará claro que os indivíduos se confrontarão enfim como iguais proprietários no mercado, obrigados a comprar e vender na *forma da equivalência*: ainda que um desses indivíduos possua apenas sua própria força de trabalho, venderá esta mercadoria ao proprietários dos meios de produção por uma determinada quantidade de horas, como ela, a força de trabalho enquanto mercadoria tem para o burguês a utilidade de produzir mais-valor ao fim de cada ciclo, é só neste momento que Mascaro, isto é, no processo de industrialização europeu, que a esfera da produção se autonomiza da política e os sujeitos, mais que iguais no mercado, têm a sua *igualdade garantida pelo Estado*, iguais proprietários tem uma única liberdade, a de possuir, por isso a condição necessária para que o despossuído se confronte com o burguês é que este já tenha podido objetivar a sua própria força de trabalho.

Nesse interstício o regime político será o Absolutismo, o capitalismo mercantil prevalecerá, e a burguesia impulsionará a lógica da forma-mercadoria cada vez mais para os círculos concêntricos da reprodução social, até que a forma mercadoria se torne a forma social por excelência (conforme a tese de Márcio Naves endossada por Mascaro). Trata-se do período áureo do jusnaturalismo, quando a legalidade será brandida como grito de guerra pela burguesia, por uma burguesia que já enriquece por meio das trocas, mas que pretende universalizar as condições lógicas imanentes à estrutura de trocas econômicas (igualdade e liberdade formais) para os outros âmbitos da sociabilidade. Por isso Mascaro enfatiza, nesse período, ser a *legalidade* a “exceção”, não a “regra” (Mascaro, 2018, p.38).

Conforme o autor, a *forma política* e a *forma jurídica* são *historicamente necessárias* caso se leve a sério as exigências imanentes ao desdobramento da *forma mercadoria*. Então, com a *forma jurídica* se estabelece a equivalência entre bens, ou bens se convertem em mercadorias e por isso são equivalentes, enquanto com a *plenificação da forma política*, estabelece-se a equivalência entre sujeitos, condição necessária para que o trabalhador se torne proprietário e responsável por si mesmo. desenvolve-se a esfera da circulação de mercadorias onde se estabelece a fórmula da equivalência entre mercadorias, não obstante o *status* jurídico dos diferentes indivíduos possam permanecer tipicamente feudais, não é por acaso que com o

desenvolvimento do capitalismo mercantil na passagem para a *Idade Moderna*, os primeiros Estados-nação serão gestados assim como o Absolutismo será forjado. É que neste primeiro momento, a legalidade será a bandeira da burguesia revolucionária, postulará a universalização das condições imanentes ao mercado de trocas capitalista para as demais relações sociais, inclusive políticas. Ainda assim, concerne-me que a reprodução econômica seja determinada politicamente⁷⁷, e como também expus, enquanto uma relação de dominação for imediatamente arbitrária e/ou violenta, não há que se falar de *forma mercadoria*, nem de *forma jurídica*, nem de *forma política* (Mascaro, 2019, p.30-33).

A liberdade e a igualdade formais, que se abriram pela equivalência na relação de troca, não são mais concessões políticas. A partir da plenitude da lógica capitalista, e a partir do momento em que a produção coordena a circulação mercantil, o Estado perde seu caráter ambíguo de resquíio de antigos privilégios. O direito, na passagem da modernidade para a contemporaneidade, deixa de ser princípio filosófico ou demanda econômica para tornar-se direito (Mascaro, 2019, p. 33)

Mas se com a ascensão da burguesia, plenificar-se-ão *forma mercadoria*, *forma jurídica* e *forma política*, ao mesmo tempo, escamotear-se-á a transparência da *forma jurídica* reivindicada pelo jusnaturalismo, na franqueza dos seus clamores por igualdade e liberdade universais, plasmando-a da *forma jurídica* para a normatização estatal do direito: a forma da lei ou a legalidade permitirão a estabilização dessa sociedade lançada ao caos pelos potenciais anárquicos dos ideais de igualdade e liberdade inflamados pelas próprias trocas econômicas. (Mascaro, 2019, p. 34). Ainda, quando à perfectibilização da forma mercadoria e da forma direito, argumenta Mascaro:

A produção capitalista não assenta mais apenas no logro – comprar por menos e vender por mais – mas sim, fundamentalmente, na exploração da mais-valia. A produção e não a circulação é que permite a plenitude da autorreprodução do capital e a exponenciação da acumulação privada⁷⁸ (Mascaro, 2019, p.35)

Se a *forma-valor* relaciona todos os bens em função da quantidade de trabalho abstrato que é necessário para produzi-los, a *forma jurídica* lhes fornece uma segunda natureza, tornam-se livremente intercambiáveis. Mas nesse processo, a conquista da igualdade é uma dinâmica do direito, universalizando o *status de sujeito de direito* mediante a dissolução da cosmologia

⁷⁷ O autor alude às Grandes Navegações, em parte financiadas pelos Estados nascentes (Mascaro, 2019).

⁷⁸ Como é possível inferir da leitura deste excerto, Mascaro tanto postula que no capitalismo mercantil não há apropriação de mais-valor, quanto postula que a diferença entre acumulação primitiva e apropriação de mais-valor é uma “exponenciação”, ou seja, uma questão quantitativa.

feudal. De sua parte, o direito da produção capitalista chancela a igualdade mediante a propriedade privada, inclusive de si mesmo (Mascaro, 2019, p. 36).

Desde a quebra da antiga diferença nas relações das formações econômicas pré-capitalistas, a legalidade se inscreve como universal, e, daí, como a estabilidade em face das diferenças das parcialidades. Ao chegar neste ponto, busca apagar todo seu passado de violência e toda a trajetória não jurídica do acúmulo de capitais para parecer promotora da ordem justa e legal (Mascaro, 2019, p. 38)

A legalidade se manifestará a partir da *impessoalidade*, essa é a sua aparência, no entanto, o seu movimento efetivo tende a estabilizar as instituições políticas, algo que lhe é tão intrínseco que ela se revelará como administração política, mas não se estenderá à fundação da política, é claro, uma vez que

a democracia moderna capitalista é formal e essencialmente representativa, como mera administração nos limites possíveis do direito – e completa a auto-reprodução econômica capitalista. Ao mesmo tempo em que rompe com o passado das antigas diferenças de status, consolida a desigualdade real sob a aparência de igualdade formal e justiça. A democracia formal é o embuste⁷⁹ do poderio econômico, a igualdade perante a lei é a forma perversa da desigualdade real, de classe, a liberdade perante a lei é a abstração das impossibilidades existenciais. O mundo feito um grande mercado, no qual todos se igualam para as relações de direito, esconde o seu domínio econômico, a sua desigualdade existencial, não deixando antever o caráter capitalista do próprio direito. A política, que é a arena das ações possíveis ao capitalismo para sua administração vai se cahamar cidadania ou democracia. A legalidade que amarra e completa o ciclo da reprodução econômica capitalista, vai se chamar, ao lado da cidadania e da democracia na política; justiça (Mascaro, 2019, p. 39, destaques meus)

Toda uma fundamentação filosófico-moral anti-kantiana que fundamenta a tese de Kashiura Jr. (2014) acerca da relação entre *sujeito moral e sujeito de direito* é mobilizada também a critério de uma suposta filosofia política que é, no fim, uma premissa criptonormativa sobre os processos de racionalização jurídico, entendido em sua largueza como um processo de tecnificação ao qual se contraporá a noção de equidade do direito romano. Essa premissa criptonormativa sobre os processos de racionalização social pressupõe, por sua vez, uma teoria sobre os processos de modernização social ao qual Mascaro aludirá expressamente: “O resultado final deste processo – que Weber, de outra maneira e com outros pressupostos e

⁷⁹ Na subseção anterior mencionei a essencialização da categoria “subjetividade jurídica”. Essa tendência espraia-se na sua filosofia do direito, em síntese a ontologização do sujeito de direito é o reflexo da hipóstase dos processos de racionalização técnico-instrumentais e das orientações cognitivo-estratégicas desencadeados pelo próprio *processo de modernização*. Por isso afirmo que subjaz à crítica da subjetividade jurídica uma crítica dos processos de modernização e racionalização enquanto tais. Parece-me que estou correto, sobretudo, quando Mascaro contrasta os conceitos de direito na antiguidade (*Ius est ars boni et aequi*) com uma leitura da modernização como processo de estabilização das formas sociais por meio da *legalidade* (Mascaro, 2019, p.41.). Senão vejamos: “De fato, o direito romano é a grande expressão da atividade pretoriana, do fazer justiça como arte de dar a cada um o que é seu. E, por sua vez, a Régua de Lesboas, a medida da justiça de Aristóteles, demanda uma atividade por parte do jurista que muito pouco remete a uma tecnicidade universal, normativa impessoal. O fenômeno jurídico para os antigos é muito mais equidade do que a técnica” (Mascaro, 2019, p. 41).

conclusões, chamaria de racionalização do direito, de dominação legal-burocrática – é a plena impessoalidade da técnica jurídica contemporânea” (Mascaro, 2019, p. 53).

Por sua vez, subjacentes a essa leitura dos processos de modernização social e de racionalização institucional está um conceito de razão senão suficientemente problematizado, ao menos bastante explícito:

O resultado do mundo moderno, da técnica jurídica elevada à sua exacerbação como forma de exacerbação do lucro capitalista é a história da lei feita opressão, da dominação feita razão, da história da técnica jurídica como formalismo sem responsabilidade social, Assim *Heidegger*⁸⁰: ‘quando se aceita, antes de mais, nesta submissão ao inevitável a concepção corrente de técnica, adere-se então nos factos ao triunfo de um processo que se reduz a preparar continuamente os meios, sem nunca se preocupar com uma determinação dos fins. O que a técnica moderna tem de essencial não é uma fabricação puramente humana. O homem atual é ele próprio provocado pela exigência de provocar a natureza para a mobilização. O próprio homem é intimado, é submetido à exigência de corresponder a esta exigência’ (Mascaro, 2019, p.57-58)

Retomarei a tese principal de Mascaro, e por partes. Primeiro, o *capitalismo é legalidade*. Há uma ligação necessária entre o modo de produção capitalista e legalidade moderna. Portanto, se o modo de produção capitalista for superado, a legalidade também será, afinal segundo essa leitura, o avanço das forças produtivas força à modificação dos modos de produção, e a cada modo de produção corresponderiam relações de produção e formas históricas das políticas específicas (Mascaro, 2019, p. 63). O capitalismo é a legalidade: pois só há legalidade como regra sob a égide do modo de produção capitalista, ao mesmo tempo, as formas dispersas a que “impropriamente” se chamava direito em outras eras não são mais que refuncionalizadas pela *forma mercadoria*, conquanto historicamente, para a realização do imperativo de autovalorização do valor: nesse sentido o capitalismo é legalidade, “o capitalismo é o modo econômico que fará da igualdade e da liberdade sustentos da circulação econômica entre iguais” (Mascaro, 2019, p. 73).

Em segundo lugar, a *legalidade é capitalismo*. Por isso a *forma jurídica* se faz derivar historicamente da *forma mercadoria*, esta é condição necessária daquela]. Mascaro frisa esse aspecto de co-determinação entre *legalidade* e *capitalismo* para situar também a legalidade – e não apenas a *forma jurídica* em seu lugar na totalidade capitalista: seus limites são os limites da conformação do estreito horizonte jurídico burguês.

Pachukanis completa a radicalidade da compreensão de Marx sobre o direito e a legalidade não apenas ao associar capitalismo e legalidade; não apenas ao demonstrar

⁸⁰ Não pretendo que essa citação faça as vezes de uma argumentação *ad hominem*, mas é no mínimo difícil sustentar uma teoria marxista de influência *heideggeriana*. Nesse sentido, ressalto o caráter reconstrutivo deste excuro, não concordo com a posição de A. L. Mascaro.

tal qual Marx, que a legalidade nasce na circulação mercantil e que na produção mercantil se plenifica. Vai além disso, *pois não se trataria de dizer apenas que capitalismo é legalidade*, porém, *mais ainda*, que legalidade é capitalismo (Mascaro, 2019, p. 76)

No entanto, repito, a legalidade é uma derivação secundária da forma política e da forma jurídica, ou antes, intersecciona forma jurídica e norma jurídica, enfim, manifesta-se enquanto lei ou enquanto decisão judicial, por isso todo esse excuro importa. Como as instituições políticas têm um alto poder de difusão ideológica, o fato de a forma jurídica desdobrar-se em norma jurídica ou em decisão judicial a emprestará a aparência de legitimidade democrática, porquanto dimanada de procedimentos normatizados que carregam esses pressupostos. A função deste excuro era exatamente desvelar não o vínculo interno entre forma jurídica, mas o vínculo estrutural, necessário e reversivo entre legalidade e capitalismo.

Pois bem, ao estabelecer esses nexos categoriais, Mascaro, a um só tempo, denuncia as tendências desviantes no debate marxista brasileiro:

O debate marxista sobre a legalidade debruça-se, pois em um entre dois termos, ou nos dois termos já explicitados por Marx e Pachukanis, e em aberto: reconhecendo-se o capitalismo como legalidade, trata-se também de se saber sobre o reconhecimento da legalidade como capitalismo” (Mascaro, 2019, p. 84)

No entanto, essa “reconstrução categorial” fez tábula rasa de contextos históricos, ela pressupôs o pano de fundo da realidade europeia. Na realidade, “a formação histórica do Brasil compreende uma *peculiar evolução da legalidade*” (Mascaro, 2019, p. 85, *destaques meus*), pois a constituição do Brasil está ligada ao avanço do capitalismo no mundo ocidental, por isso o capitalismo desde sempre se fixou aqui, não obstante⁸¹

a história da legalidade brasileira foge ao modelo geral que serve de explicação à teoria jurídica europeia, não porque não tenha havido no Brasil uma história capitalista também, mas porque, desde o início, formou-se na peculiaridade da exploração periférica, numa dialética explorada em relação ao capitalismo central (Mascaro, 2019, p. 85)

A história da legalidade no Brasil será determinada pelas relações sociais que garantem senão a integração – ao menos a estabilidade da sociedade brasileira. Esta, a sociedade brasileira, é autoritária e aquelas, as relações sociais, são assimétricas, portanto, a legalidade enquanto manifestação da forma jurídica e da forma política em derivação secundária parecer-

⁸¹ Para corroborar o vínculo interno entre capitalismo e formação histórica do Brasil, Mascaro recorre a João Manuel Cardoso de Mello, enfatizando o papel da acumulação originária para o desenvolvimento do capitalismo como totalidade (Mascaro, 2019, p. 85)

nos-á limitada e distorcida. As linhas de tensão que limitam e distorcem a manifestação da legalidade atingem o paroxismo na regulação das relações entre capital e trabalho. Logo, essa relação ela própria raramente se efetivará,

Na maior parte dos séculos de história brasileira, tratou-se de trabalho escravo em empreitadas capitalistas, somando a exploração escravagista antiga aos regimes de exploração modernos. Neste sentido, a legalidade no caso brasileiro passa pelos mesmos paradoxos e problemas históricos de toda a estrutura econômica política e social nacional: um Estado soberano apenas no seu sentido formal, uma realidade econômica que soma relações sociais pré-capitalistas tendo por objetivos lucros numa produção capitalista, uma realidade social cujas formas de organização poderiam até mesmo lembrar resquícios feudais ao mesmo tempo em que se burocratizam, a tensão entre o tradicional e o formal, a corrupção que adquire desde viés paternalista até descambar em instituições de caráter coronelista” (Mascaro, 2019, p. 86)

O Estado português imporá uma legalidade patrimonialista que, se já era peculiar por si, acentua-as quando se insere na estrutura administrativa primitiva brasileira. Cedo o Estado português se associará aos interesses da burguesia local, frequentemente portugueses, essa associação produz uma *forma de legalidade* que oblitera o caráter técnico e neutro da instância jurídica, delegando poderes soberanos a privados e relegando relações privadas, âmbito privilegiado de densificação das relações jurídicas no capitalismo, à regulação pelos costumes, por fontes alternativas e até mesmo à não normatização (Mascaro, 2019, p. 87). Trata-se de uma formação peculiar que se densifica no direito público, na administração, não nas relações privadas, civis e comerciais, dirá que o Brasil colonial não conheceu sequer uma distinção entre o poder estatal e os direitos civis (Mascaro, 2019, p. 87-88).

a formação inicial deste capitalismo, em vez de fornecer um primeiro instrumento de técnica autônoma para as relações econômicas advindas da transação dos produtos brasileiros – cria na verdade um direito só de técnica pública, como forma de manutenção da exploração e das rendas do Estado português” (Mascaro, 2019, p. 87)

Busca socorro também nas explicações de Raymundo Faoro, para quem o direito português se consolidou muito precocemente, servindo antes à organização política que ao comércio e à economia particular. De fato, a esfera da legalidade é amesquinhada a tal ponto que se identifica com os interesses econômicos do Estado português (Mascaro, 2019, p. 88-89) E se é assim, temos um Estado com seu direito, mas uma sociedade sem leis, razão pela qual a formação histórica do capitalismo brasileiro institucionaliza um *regime de subordinação privada*, não de *coordenação privada* (Mascaro, 2019, p. 88-89). A relação de igualdade entre privados será virtualmente desconhecida, pois de forma análoga ao massacre da organicidade da vida privada pelo peso do Estado Patrimonial Português, as relações intersubjetivas serão

atravessadas pela diferença, pela sujeição, pela violência *e até pela escravidão* (Mascaro, 2019, p. 89). Uma lógica assim engatilhada

não [cria] uma sociedade integrada, mas sim latifúndios para a exploração econômica, a esfera privada encontra-se na mão de grandes proprietários, em torno dos quais organizaram-se as relações de caráter associativo, de redes de proteção e compadrio, de amizade e inimizades, que acabam por constituir um poder social efetivo de subordinação das classes econômicas exploradas. O grau extremo desta ordem de subordinação é a escravidão, os graus intermediários, desde o trabalho livre e os cargos públicos dependentes das vontades pessoais dos grandes proprietários, não se livram da própria subordinação econômico-social” (Mascaro, 2019, p.89-90)

Portanto, essa sociedade, seja ela qualificada como “periférica” ou “dependente”, depende, nitidamente, de recursos de integração tipicamente pré-modernos tais como o compadrio, as redes de proteção, as amizades, enfim, situações de dependência tão extrema que podem dar lugar à escravidão. O processo de individuação teve uma ignição no máximo imperfeita no Brasil.

Será sintomático que a aparência de impessoalidade e de neutralização técnica, advinda do interior das formas prévias do capitalismo mercantil, encontra, desde o seu início, uma realidade peculiar no caso brasileiro. [...] O processo da construção de uma instância jurídica, técnica e legalista que dessa conta da transação comercial dos produtos brasileiros vai se formando na metrópole para a mercadoria, mas sempre devido à demanda dos centros econômicos mais avançados, e enfrentando, ainda, formas jurídicas não plenamente autônomas, como é o caso, em grande parte do colonialismo brasileiro, do patrimonialismo (Mascaro, 2019, p. 86-87)

No período colonial, a legalidade será plenamente estatal e a sociedade manterá relações de molde pré-moderno derivadas da dependência pessoal e do compadrio. Essa alteração apenas se alterará com passagem do Império à República, posto que coincidirá com a abolição da escravatura. O surgimento de relações de trabalho, do assalariado urbano, catalisará o desenvolvimento do mercado interno e de surtos de urbanização e industrialização. Neste novo contexto, quando se reconhecerão direitos sociais ao proletariado urbano, a legalidade é tensionada por formas de controle político que se imiscuem nas organizações operárias, ligando controle e direitos sociais de forma ambivalente (Mascaro, 2019, p.92). Trata-se de mudanças não essenciais, contudo.

Portanto não acuso na reconstrução da história constitucional brasileira empreendida por Alysson L. Mascaro um déficit sociológico, na medida em que este autor compartilha o pano de fundo da sociologia da tradição ibérica (Cattoni de Oliveira, 2022a, p.1-60) pode-se questionar as consequências que essa teoria da sociedade tem para a formulação de Alysson L.

Mascaro, mas não há que se falar em fragmentos de uma Teoria da Constituição que padeça de um déficit sociológico.

Apesar de ressaltar os efeitos sobre a legalidade (instrumentalizada) e sobre a sociedade (autoritária) desse tipo de arranjo na periferia, o traço distintivo do capitalismo periférico brasileiro já estava definido desde a Colônia, a produção voltada ao comércio internacional. O signo distintivo da formação capitalista brasileira é a associação entre a burocracia patrimonialista portuguesa e a burguesia que atuava nas terras brasileiras. Após a Revolução de 1930, com a adoção do modelo de desenvolvimento por substituição de importações, apenas se substituirão os sócios pela burguesia internacional e pela burguesia nacional, intermediadas pelo Estado brasileiro, mantendo-se os padrões de *legalidade instrumentalizada* a bem do controle do proletariado (Mascaro, 2019, p. 93). Na década de 1950, a dependência frente aos capitais internacionais se agudizará, na medida em que a “própria constituição de um sistema produtivo nacional dominado pelo capital externo” (Mascaro, 2019, p.94).

A economia dependente brasileira apresenta atrasos históricos no desenvolvimento tecnológico e no processo de acumulação de capitais, por isso tem de recorrer à “instrumentalização atípica do Estado”. Portanto a burguesia nacional e a burguesia internacional encontram não só a garantia da propriedade e dos contratos, bem como de uma forma política, mas gozam de arranjos de “instrumentalização do Estado de formas atípicas” e da “instrumentalização da legalidade como forma de controle social”, especialmente para o achatamento da remuneração da mão de obra, ademais, submetida aos regimes de superexploração de sua força de trabalho (Mascaro, 2019, p.96). Formalmente soberanos, os Estados da América Latina são obrigados a reproduzir em seu seio relações de produção que se encontravam na origem da formação do mercado, entra na divisão internacional do trabalho com significativa dependência de trajetória.

Mantidas as estruturas sociais profundas que condicionam uma produção voltada ao mercado externo, a integração da América Latina ao mercado mundial produz no âmbito doméstico uma cisão na esfera da circulação: uma “esfera alta” de circulação que se autonomiza com relação a uma “esfera baixa”, enquanto a produção de mercadorias não se realiza no mercado interno e por isso tende ao infinito e à infinita funcionalização dos recursos à produção de gêneros dos quais grande parte da população não necessita, o consumo do mercado interno cria também relações de dependência, na medida em que o capital acumulado pela burguesia nacional se transformará em consumo suntuário de produtos importados. Essa cisão entre circulação e produção – os dois momentos fundamentais da reprodução capitalista produzirão a “*contradição específica* na economia latino-americana dependente” (Mascaro, 2019, p. 97,

destaques meus): a oposição entre o trabalhador na esfera da produção e o trabalhador na esfera da circulação.

Definida a contradição específica das economias dependentes como: *essência da dependência latino-americana*, a *instrumentalização do Estado de formas atípicas coordenada* ou como a *instrumentalização da legalidade como forma de controle de controle social*, estes fenômenos impedirão o estabelecimento de uma legalidade com pretensões universalistas entre nós, conforme a posição de Caio Prado Júnior. Portanto, não se configurarão as relações contratuais trabalhistas em seu sentido clássico, relação que se explica pela categoria de *exploração*, extração de mais-valor mediante a indução do *mais-trabalho*, respectivamente das perspectivas do capital e do trabalhador.

Trata-se, ainda mais, da própria supressão do Estado de Direito naquilo que diga benefício às burguesias nacionais e internacionais, a fim de maximizar os interesses exploratórios, como foram exemplos, em praticamente toda a América Latina, as ditaduras militares das décadas de 1960 e da década de 1970 sustentadas pelas associações entre as burguesias nacionais e internacionais, e em especial pelo governo norte-americano (Mascaro, 2019, p. 97)

Assim ganham concretude tanto a manifestação do modo de produção capitalista quanto a modernidade atravessando a sociedade brasileira,

Esse capitalismo periférico e dependente resulta numa clara impossibilidade de uma instância jurídica neutralizadora e técnica, como no caso típico do capitalismo central. A instância jurídica como fecho da reprodução capitalista, no caso do capitalismo periférico e dependente, não se legitima pela neutralidade ou pelo mero tecnicismo, mas sim pela própria operacionalidade política em favor da maximização dos interesses burgueses. Portanto, os ganhos do capitalismo dependente não se dão apenas pelas formas tradicionais do contrato, mas sim pela associação com o Estado e com os benefícios públicos e até mesmo a amortização do risco privado pelo Estado, numa socialização dos prejuízos privados que acompanha a história do capitalismo nacional, conforme já mostrou Celso Furtado em todo o “Formação Econômica do Brasil”. Não se trata, pois, de uma legalidade que conquista a neutralidade da cidadania ou do resguardo inabalável dos direitos pessoais, mas sim de uma legalidade instrumentalizada por um tipo de capitalismo de participação direta do Estado de dependência internacional (Mascaro, 2019, p. 98)

Em que pese a oscilação entre a categorização da sociedade brasileira a partir da condição da dependência e/ou de seu capitalismo periférico, a *superexploração da força de trabalho*, os *mecanismos de transferência de mais-valor* e a pauperização da sociedade brasileira obstarão o desenvolvimento livre de um mercado interno no país, impedindo dessa forma a *perfectibilização da legalidade*. Na medida em que consumo e produção se autonomizam, estas parcelas super-exploradas ou pauperizadas da sociedade serão alijadas da esfera da circulação não podendo se confrontar com o capital enquanto consumidoras.

A legalidade, assim sendo, resta instrumentalizada sempre de maneira exponencialmente vertical, tendo em vista a fragilidade da resposta das classes dominadas. A esta impossibilidade, de um capitalismo periférico dependente, soma-se a própria verticalização de estruturas a burguesia nacional [...]. Este domínio do público pelo privado [...] resulta também a *ineficácia da legalidade* até mesmo naquilo que independe de possibilidades internacionais. As relações internas da própria atividade capitalista nacional também instrumentalizam a legalidade a benefício da dominação de classe; seja por meio do controle das instituições e daí manejando as ferramentas da legalidade de acordo com seus interesses, seja por meio de ações nos limites da própria legalidade, ou seja, por meio da sua recusa. Os privilégios de classe recebem, assim, ou respaldo legal, ou, na efetividade social, ignoram mesmo a legalidade no caso da universalidade desta.” (Mascaro, 2019, p. 103)

No primeiro caso, a legalidade é mobilizada pelo capital em seus interesses, no segundo caso o poder social do capital nega a legalidade às classes subalternas, em síntese, simultaneamente legalidade eficaz contra as classes subalternas e ineficaz frente à burguesia nacional, uma legalidade, poder-se-ia dizer, dual. Essa recusa universalidade negada na realidade efetiva desmascara a estrutura formal e neutra da legalidade da qual deriva a presunção de sua legitimidade, ainda que, neste caso, a legitimidade seja reduzida à legitimidade *qua* legitimação.

No entanto, como Mascaro utilizou essas categorias para interpretar a crise do projeto constituinte dos anos 1990? O autor reconstrói a dinâmica da economia global na transição do início do século XX a partir de uma tensão externa entre *constitucionalismo* e *padrão-ouro*⁸² (Mascaro, 2019, p. 112), trata-se da *Pax Britânica*. Essa conjuntura se alterará ao longo do século, pois com a hegemonia do capitalismo norte-americano, a partir da década de 1980, é a própria soberania nacional dos países periféricos que será tolhida, impondo arranjos de legalidade para garantir o capital dentro dos ordenamentos jurídicos. Com isso, o aspecto contingencial da legalidade por meio do qual a política podia se afirmar diante do capital, até ele, se fecha. Substituem-no os espaços neutros do novo direito econômico regulatório: e até aqui o aspecto contingente do direito regulatório é delimitado pela ideologia tecnocrática. A política pode no máximo indicar agentes de sua preferência, desde que dotados da expertise para atuar nestes espaços. A isso, Mascaro denomina “legalidade esvaziada”, porque ausentes as tensões políticas (Mascaro, 2019, p.118-122).

À *legalidade esvaziada*, segue-se que os espaços decisórios tendem a se desprender do âmbito dos Estados-nação, integrando-se ou assimilando-se diretamente a organismos supranacionais, como os organismos multilaterais. Na medida em que esses espaços de regulação determinam no essencial a política econômica dos Estados, alcançando resultados

⁸² É claro, a referência aqui é o clássico de Karl Polanyi, “A Grande Transformação”.

que negam o sentido da *legalidade esvaziada*, fala-se em *legalidade da universalidade rompida*, pois as injunções do modo de produção capitalista impõem-se de forma completamente translúcida, sem nenhum disfarce: a legalidade é desrespeitada à luz do dia.

O modelo de desenvolvimento por associações de capitais que sustentou o regime militar entra em crise na década de 1980, produzindo efeitos disfuncionais tanto para o capital internacional, quanto para o capital nacional, a essa crise do regime se conjugava os já existentes movimentos sociais pela redemocratização que questionavam o exercício ilegítimo do poder pelo regime, reivindicando tanto a redemocratização quanto a reconstitucionalização. No entanto, Mascaro destaca que a crise econômica de 1980 foi responsável pela abertura de “fissuras no regime” por meio das quais o movimento pela redemocratização, na década de 1980, passa a enfrentar tanto o autoritarismo institucional quanto uma política econômica disfuncional (Mascaro, 2019, p.168).

O *processo de reconstitucionalização brasileiro* será lido como uma *reconstitucionalização sem redemocratização*, na medida em que resultou em uma “*transição pelo alto*” (Mascaro, 2019, p. 173). No entanto, a reconstitucionalização confluiu com a *hegemonia da ideologia neoliberal*⁸³ em todo o mundo, dessa forma, a Constituição de 1988 produziu muitos avanços de cujo saldo, pode-se deduzir, a garantia de direitos políticos e da cidadania, avanços em direitos sociais e, sobretudo, avanços de *quantidade de legalidade*, fórmula que traduz os instrumentos jurídicos criados pela Constituição para a garantia do acesso à justiça (Mascaro, 2019, p. 169-171).

No entanto, à garantia de direitos políticos e da cidadania, não se seguiram avanços jurídicos que garantissem o desentranhamento das oligarquias políticas. No caso dos avanços em direitos sociais, tratava-se de avanços descompassados, em algumas áreas como a saúde os constituintes detalharam um modelo, o SUS, capaz de efetivar o direito subjetivo à saúde por meio de políticas públicas constitucionalizadas, mas as muitas demandas por direitos sociais e prestações de serviços públicos não foram acompanhadas de um esforço de detalhamento dos meios para atingir os fins postulados, isto é, a garantia da efetivação desses direitos sociais. Todas essas mudanças serão sintetizadas no plano da legalidade a partir da categoria de *mudança da legalidade* na redemocratização brasileira, de José Eduardo Faria. No Brasil, antes da redemocratização, prevalecia a *legalidade instrumental* que compatibilizava o constitucionalismo liberal-clássico com o conservadorismo brasileiro: a distância entre idealidade e realidade era tamanha que o código legal/ilegal não podia se impor pura e

⁸³ Categorias de A. Mascaro: a rigor o autor trabalha com as categorias conceituais de *hegemonia política conservadora* e de *hegemonia política liberalizante* em confluência.

simplesmente, exigia a *mediação política* e burocrática para efetivar-se (Mascaro, 2019, p. 173-174), disso resultava o caráter dual da *legalidade instrumental*: na medida em que dependia da mediação política para efetivar-se sua universalidade era negada às classes subalternas e suas formas eram seletivamente garantidas às burguesias nacional e internacional, isto é, a política sobre determinava o direito. Na nova Constituição de 1988, na redemocratização, a legalidade passou a regulamentar os espaços vazios entre o direito e a realidade social, como no caso do SUS, para o qual convergiu não só a legalidade constitucional como toda uma rede de normas infraconstitucionais e infralegais visando à efetivação do direito constitucional à saúde (Mascaro, 2019, p. 174). O ganho da Constituição de 1988 foi o rompimento “com o formalismo estabilizador da esfera jurídica ditatorial”, mas os avanços sociais revelam que as lutas por direitos na constituinte foram “um *movimento politicamente descoordenado e descompassado* no que respeita às suas perspectivas últimas, agindo sobre as brechas e as contradições da ruptura do modelo institucional até então vigente” (Mascaro, 2019, p. 175, *destaques meus*).

Estabelecer o saldo das conquistas e problemas do movimento de reconstitucionalização brasileiro é condição necessária para que o autor interprete o fenômeno de regressão política e social desencadeada pelos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso, apreendido pelos pares de categorias conceituais *hegemonia política conservadora* e *liberalização econômica*:

Se por um lado a saída jurídico-institucional do modelo desenvolvimentista era socializante, com claras arenas sociais de operacionalização jurídica, o modelo hegemônico que se instala na década de 1990, e que dá a direção efetiva da realidade econômico-social brasileira é profundamente destoante da planificação jurídico-institucional advinda da redemocratização. De certa maneira, a violência do contraste chega ao ponto de tornar-se plenamente ignorado o sentido jurídico-institucional da Constituição de 1988 para, em seu lugar, consolidar uma hegemonia de cunho conservador liberalizante. Essa ruptura do modelo desenvolvimentista, conservadora nos resultados sociais e na aliança política nacional que lhe dá a sustentação, reforça o viés dependentista do capital externo, a partir daí mais significativo e praticamente dominante na economia nacional, que dará o sentido da consolidação econômica da década de 1990. Enquanto o plano político se consolida sob um viés conservador, por meio de uma aliança de partidos conservadores e no mais das vezes plantados em oligarquias regionais – vitoriosos sobre as distorções no sistema federativo e nos vícios do sistema eleitoral – em associação com a participação dos representantes da alta burguesia nacional e internacional, o plano econômico desprende-se relativamente dos interesses da classe política é apenas sustentado e chancelado por estes – e consolida um modelo econômico altamente liberalizante e desnacionalizante, que começa com a abertura do mercado nacional, passa pelo movimento de desestatização, por etapas monetárias que sustentam uma lógica de investimentos e se torna, ao final, plenamente financeira e refém de instâncias de decisão internacionais” (Mascaro, 2019, p. 178-179)

Como a nova Constituição não rompeu, posiciona-se o autor, com a estrutura institucional que fornecia sustento ao regime autocrático, por um lado, e como nos seus avanços

sociais descoordenados não se consolidou a mudança da função da legalidade para todos os direitos sociais, deixando sem os meios para a sua implementação, a *hegemonia liberal-conservadora* negará efetividade aos direitos sociais por meio de processos de desconstitucionalização e de desregulamentação: boa parte das emendas constitucionais da década de 1990, incluindo as emendas revisionais, terão por finalidade última desconstitucionalizar os avanços sociais. Na visão de Mascaro, essa a hegemonia conservadora produziu resultados material – e sobretudo – formalmente inconstitucionais, pois “neste plano político, a afronta [à constituição] não é somente de conteúdo e de materialidade jurídica (de uma orientação socializante para uma liberalizante ou conservadora), mas chega sim à afronta das próprias perspectivas institucionais da democracia formal” (Mascaro, 2019, p.182) aqui – mais uma vez – são as relações de mando e sujeição, particularmente de mando, relações não mediadas juridicamente, que denunciam o caráter incompleto da redemocratização pressuposta pela redemocratização. O argumento de Mascaro é que o “caráter oligárquico e autoritário da legalidade” se mantém face às pretensões de uma “legalidade de efetivação”, pois a submissão do público ao privado ainda nega a universalidade ao Estado de Direito, ao Império da lei. Logo, a tradição da “legalidade autoritária” ou da “falta de legalidade” persiste na sociedade brasileira desde os tempos coloniais reproduzindo uma sociabilidade excludente e autoritária (Mascaro, 2019, p. 186).

Assim sendo, no plano político-institucional, a própria legalidade se esvai, e os princípios constitucionais dos direitos humanos se tornam inefetivos tendo em vista que a dominação autoritária contra a qual se insurgiam é a mesma que persiste na hegemonia política da década de 1990. (Mascaro, 2019, p. 184)

Ainda mais relevante, para Mascaro, são os efeitos regressivos no plano econômico-social, estes reafirmarão as relações de dependência entre capital nacional e capital internacional intermediados pelo Estado, mas se antes os interesses da burguesia convergiam com o desenvolvimento do mercado interno brasileiro, o novo modelo liberalizante se apoia na financeirização, pura e simplesmente na distribuição de lucros. O efeito dessa tendência liberalizante é a negação de universalidade a uma legalidade tendencialmente vazia:

A legalidade desta burguesia nacional integrada, em vez de uma legalidade universalizada cujos procedimentos universais se aproveitem ainda assim para seus interesses, agora já é uma legalidade esvaziada de universalidade e fundada em espaços ditos técnico, nos quais, por exemplo, em agências regulatórias de atividades capitalistas específicas, a lógica é de uma atuação direta da própria burguesia para a normatização de seus interesses, e não de uma mediação universal, legislativa, política no sentido do Poder Legislativo nacional [...]. (Mascaro, 2019, p. 188)

O sentido do processo de constitucionalização brasileiro é sintetizado por Mascaro em *tendências democratizantes e tendências socializantes*, mas as aquelas são negadas pela rigidez da *hegemonia política conservadora*, enquanto estas são estranguladas por uma *política econômica liberalizante* que compromete o Estado brasileiro com a burguesia internacional. Mascaro é categórico quanto à *hegemonia política conservadora*, trata-se um fenômeno criador de um estado de coisas não apenas materialmente inconstitucional, senão formalmente inconstitucional. No plano econômico social, adota a tese de Paulo Bonavides segundo a qual haveria um *Golpe de Estado Institucional* em curso naquela época e a tese de *ruptura constitucional* de Eros Grau. Explico. Como a Constituição de 1988 se comprometeu com a implementação de um Estado de Bem-Estar Social na ordem econômica, a institucionalização de uma política macroeconômica neoliberal, sem que se alterasse a própria Constituição, representava, na verdade, a sua subversão. A Constituição de 1988 não seria compatível com a ideologia neoliberal, por isso mesmo ela não estaria mais em vigor (Mascaro, 2019, p. 190-192).

O Prof. Fábio Konder Comparato, por meio da imprensa, destaca, em conhecido artigo, além das ilegalidades o próprio fim da Constituição no governo Cardoso [...]. A saída do autoritarismo militar, ensejando a partir de sua indefinição, um modelo político institucionalmente democratizante, acabou por dar um direcionamento jurídico e uma forma de *instrumentalização da legalidade* que o liberalismo da década de 1990, ao negá-lo, se faz enquadrar numa estrutura de ilegalidade e inconstitucionalidade. A inconstitucionalidade das perspectivas gerais do governo Cardoso é o agravamento do autoritarismo brasileiro, em pacto de elites nacionais e internacionais cujos limites sequer são os da própria institucionalidade. *Se o movimento geral da reprodução do capitalismo tem na legalidade seu mais estável ganho, no caso brasileiro contemporâneo, a exploração se faz, ainda mais, também em prejuízo da própria legalidade* (Mascaro, 2019, p. 194, *destaques meus*)

Por meio da legalidade e da política, nega-se a própria constitucionalidade. O diagnóstico de Mascaro, em que pese lastreado na tradição sociológica da herança ibérica, revela um profundo déficit hermenêutico. Fundamentalmente, ao conceituar legalidade com José Eduardo Faria, o autor presume *um hiato entre normatividade constitucional e realidade política, entre fatos e normas*, que tendencialmente o constituinte de 1988 buscou corrigir por meio da *legalidade de efetivação*. É assim que Mascaro apenas agrava o que pretende denunciar, pois ao sobrecarregar normativamente a relação entre *capitalismo e legalidade* nos centros de acumulação capitalista, e ao idealizar a realidade brasileira como um *desvio* desse caso normal, perde de vista que *já está partindo de uma realidade social ao se colocar como um observador desinteressado, portanto se opera com noções como “inconstitucionalidade” ou “ilegalidade” está reafirmando a legitimidade e a efetividade dessa mesma Constituição,*

na medida em que proscreve como inconstitucionais essas práticas herdadas do regime anterior, e não só isso, ao propor mais uma história da constitucionalismo brasileiro como uma história do *nosso fracasso constitucional*, está a *reificando*, ignorando as lutas por reconhecimentos de novos sujeitos e novos direitos que se desenvolveram desde a Constituição de 1824 até os dias atuais, por isso mesmo perde de vista o processo de aprendizagem social com o direito e com a política catalisado pela Constituição que analisa (Cattoni de Oliveira, 2023a, 129; Cattoni de Oliveira *in* Cattoni de Oliveira, 2022a, p. 1-3).

Na medida em que se reduz a identidade constitucional a um certo padrão seletivo de positivação, desconsidera-se a própria consciência normativa passível de ser desenvolvida sob esse processo de constitucionalização, isto é, foi contra um padrão de sociabilidade típica do regime anterior que o movimento a Constituição de 1988 pronunciou-se tão enfaticamente contra a exclusão.

Não se trata apenas, ontem e hoje, de uma suposta dualidade entre o *ideal constitucional* e a *realidade constitucional*, há toda uma idealidade já presente na facticidade dos processos políticos e sociais, a ser tematizada através da presente exposição. Com certeza, naquela época, as tentativas bem sucedidas de viabilização de políticas governamentais através de reformas juridicamente discutíveis da Constituição e da legislação; o uso abusivo e descontrolado de medidas provisórias que estavam acarretando uma verdadeira redução do processo legislativo a uma função meramente legitimadora de políticas governamentais; e a omissão do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle dos atos processuais legislativos, com base em uma compreensão, inadequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, dos limites e das possibilidades de sua legitimidade política, para exercer um controle judicial mais efetivo do processo legislativo, reduzindo este último a uma dimensão eminentemente política, desprovida de caráter de juridicidade; tudo isso, ainda somado às propostas que já então se apresentavam de se proceder a uma ‘revisão global’ da Constituição, à margem da própria Constituição⁸⁴, terminava por fomentar o sistemático desrespeito às normas constitucionais e regimentais, e a colocar em risco não somente os direitos das minorias parlamentares, mas a própria pretensão de legitimidade e de operacionalidade da ordem constitucional, o que afetava a todos os cidadãos, na sua autonomia pública e privada. Numa situação, em que se poderia chegar à perda da *universalidade* do código jurídico e à perda da relação de reciprocidade, de reconhecimento mútuo, pressupostos ao *status civitatis*, os direitos fundamentais não se apresentariam efetivamente à disposição dos indivíduos e dos grupos sociais cada vez mais excluído, teriam sempre seus direitos, ao contrário de protegidos, violados. (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 210-211)

Ademais, o diagnóstico de época de A. Mascaro sofre também de um *déficit normativo* (Habermas, 2021, p. 40), uma vez que este assume, teleologicamente, um sentido negativo dos processos de racionalização jurídica, em síntese, ao adotar uma perspectiva genealógica em termos de história do direito, Mascaro apenas tentou demonstrar como a legalidade no Brasil

⁸⁴ Conferir também Cattoni de Oliveira, 2007, p. 1-10.

não se identifica com a história da legalidade europeia, o “caso padrão”. Mas se retorno ao segundo capítulo de Crítica da Legalidade e do Direito brasileiro,

A racionalidade tecnológica do direito, que prepara e prevê as suas próprias mudanças institucionalmente – conseguindo avançar, no direito positivo contemporâneo, para além dos imperativos imutáveis do jusnaturalismo moderno -, é uma forma de universalidade que esconde seu caráter e seus compromissos por meio de formalismos que se dão a aparência de necessários e neutros. A individualidade garantida na universalidade dos procedimentos, a lógica de mercado sobrepondo-se assepticamente ao pensamento crítico, o sujeito de direito burguês elevado à categoria de universal humano, constituirão uma forma de racionalidade jurídica cuja mais alta presunção é a sua imposição como único pensamento e forma necessária do direito. A própria racionalidade, esvaziada de crítica, passa a operar nos limites da institucionalização legalista.

[...]

O direito moderno é a consagração da igualdade e da impessoalidade na lei, ao contrário da pessoalidade e da diferença das formas sociais antigas e pré-capitalistas. No entanto, aquilo que é igualdade para o direito moderno é o encobrimento da realidade social desigual pelo condão da técnica formalista, e não a plena igualdade real. [...] O Deus moderno, o direito, anunciou a humanidade de todos para em seu trono oferecer assento só para alguns. O Deus do direito antigo é pessoal e declara sua aliança e seus favoritos; o Deus da técnica jurídica moderna é impessoal na forma, mas é profundamente pessoal nas benesses da realidade social. É apenas indiferente porque é hipócrita na aparência de justiça que carrega; o antigo é injusto na aparência e na realidade.

[...]

A impessoalidade da técnica jurídica moderna é fruto da história impessoal da mercadoria, plantada, no entanto na pessoalidade do domínio do capital e na legitimação de sua exploração. Mas, para além disso ainda, a impessoalidade da técnica jurídica moderna é também responsável por um direito irresponsável com a História. (Mascaro, 2019, p.55-59)

Essa posição estabelecida desde o início da tese a respeito da relação interna entre legalidade, modernidade e racionalidade, na forma de uma crítica da razão só pode ser o reflexo de uma crítica da legalidade como ideologia. Essa essencialização da legalidade moderna nivela ser e dever-se não só de forma a descartar o potencial emancipatório do direito, por exemplo, como uma *forma de consciência* entre outras, mas se posiciona efetivamente contra a legalidade, pois, são os termos da sua tese, “*legalidade é capitalismo*”, e “*capitalismo é legalidade*” (Mascaro, 2019, p. 84). Em síntese, sucedem-se leituras de conjuntura definindo as relações entre constitucionalismo e capitalismo. Abstraindo os elementos acidentais de cada leitura de conjuntura exposta, reconstruo a relação entre constitucionalismo e capitalismo no *niilismo constitucional* como uma relação de *tensão externa* entre *constitucionalismo* e *capitalismo* nas sociedades periféricas. Como esses autores presumem ser a estrutura econômica *a dominante* em última instância, o constitucionalismo seria no limite uma simples ideologia, uma vez que suscitaria esperanças às lutas por direitos que ele mesmo não pode impor ao capitalismo, deslocando a questão central, o rompimento com o capitalismo. Se me fosse

permitida uma redução, com A. Mascaro acabamos aquém de Pachukanis pois “*Direito é ideologia*”.

2.3. A Crise e o Golpe: uma proposta de diálogo entre E. Pachukanis e J. Hirsch via L. Althusser

Retomando o objetivo de toda a seção, trata-se de reconstruir uma teoria constitucional pressuposta por um conjunto de autores que conceituei *niilismo constitucional*. Isso é plausível pois pude reconstruir os fragmentos de uma teoria da constituição em uma constelação categorial. Reouve a arquitetônica categorial da Teoria Marxista do Estado explicitada na primeira subseção com a reconstrução da história constitucional brasileira efetuada na subseção seguinte. Também essa estratégia expositiva se justifica na medida em que reconstruí um contexto objetivo de crise, sem este lastro estaria fadado a reduplicar a realidade que estes autores diagnosticam a partir de suas categorias conceituais para, no negativo desta imagem, medir sua coerência com base em seu próprio discurso incorreria em uma mistificação da dialética entre a coisa e a sua representação. Com isso assentei as premissas gerais da proposta de Alysson Mascaro, em um estado ainda suficientemente indiferenciado, capaz de representar não só a formulação mais influente das críticas de inspiração pachukaniana ao direito e ao Estado, mas também abranger outras formulações importantes que partiram de Márcio Bilharinho Naves densificada naquelas categorias do diagnóstico da crise dos anos 1990. Apontei oportunamente défices hermenêuticos e défices normativos na concepção de legalidade constitucional de Alysson Mascaro. Nesta subseção, por conseguinte, ocupar-me-ei do diagnóstico de Mascaro da crise do projeto constituinte desencadeada na década de 2010, especialmente a partir de seu “Crise e Golpe” (2018). Se naquele contexto, explicitarei as tensões entre teoria e práxis com um enfoque tendencialmente teórico e sistemático, neste outro reconstruirei as mediações entre *teoria* e *práxis* destacando esta categoria, a práxis. Espero esclarecer, encerrando esta seção como um todo, a adequação da categoria “*niilismo constitucional*” para designar o conjunto de abordagens viciadas pelos *défices normativos* e pelos *défices hermenêuticos* apontados.

Neste contexto de gênese a reconstrução privilegia vez mais, a crise é reconstruída privilegiando dois processos distintos, o *Golpe Parlamentar de 2016* contra a presidenta Dilma

Rousseff, e a *falência do modelo de Estado de Bem-Estar Social*⁸⁵ implementado pelo Partido dos Trabalhadores desde 2003⁸⁶, por um lado demarcada pelas Jornadas de Junho de 2013 (Costa Júnior, 2017), e por outro balizada especialmente pela Emenda Constitucional n. 95/2016 e pela Reforma Trabalhista (Gomes; Megali Neto; Fernandes in Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.133-162), como projeções normativas resultantes do programa “*Ponte para o Futuro*” apresentado por Michel Temer. No entanto, diferentemente de outras reconstruções desse processo, A. Mascaro faz remontar a crise social de 2013 à crise política do Partido dos Trabalhadores ainda no segundo mandato de Luís Inácio Lula da Silva, em função da precipitação da vaga de escândalos midiáticos que acozariam o Partido dos Trabalhadores desde então, com o Mensalão. Respeitando os marcos temporais do próprio autor, minha reconstrução privilegiará – além do conceito de “Crise” as categorias de “*Legitimidade*”, “*Golpe*” e “*Legalidade*”.

O autor concebe “Crise e Golpe” como um ensaio⁸⁷ sobre “a crise brasileira e golpe de 2016” cujo objetivo é aplicar as categorias críticas do Estado formuladas em seu “Estado e Forma Política” porquanto nestes eventos se revelariam os limites da política como instância na qual se manifesta a luta de classes. Embora o governo e as instituições políticas em geral sejam marcados pelas tensões entre classes, grupos e frações de classe, os limites da política e da legalidade são definidos pelas suas formas sociais que são, por sua vez, derivadas em última instância da forma-mercadoria. Para Mascaro, quem pretende construir um futuro emancipado lutando por direitos ou por políticas públicas, esquece-se que toda a prática mediada jurídica e politicamente reproduz as formas sociais subjacentes, e por isso mesmo, reproduz a forma mercadoria. A “profecia” de Estado e Forma Política: as formas sociais da política e do direito derivam da forma mercadoria como forma essencial do capitalismo que por sua vez porta crises se cumpriu, a hegemonia política da esquerda esmaeceu e o Estado de Direito vergou-se, por isso o seu autor dedica o livro.

⁸⁵ A singularidade da manifestação dessa crise econômica global é apreendida por David F. L. Gomes em “Brasil, 2020: Tentativa de Diagnóstico” (Gomes in Gomes, p. 177-220 et 221-236), enquanto a sua particularidade é acentuada também por Gomes em “2020 e a Crise do Brasil como Crise da Nossa América: uma defesa do Estado de Bem-Estar Social na América Latina e no Caribe, para além do Estado Nacional” (Gomes in Gomes, p. 237-256).

⁸⁶ Ao propor “uma teoria da sociedade à luz da crítica da economia política” (Assis, 2021, p.150-154) tensionando Habermas e Marx, Tales Resende de Assis lança as bases necessárias para uma análise rigorosa da crise de modelos de Estados de Bem-Estar propostos em contextos específicos. É imprescindível retomar a quarta seção de sua dissertação “política pós-nacional e crise econômica” para compreender o contexto brasileiro na sua mediação com a totalidade (Assis, 2021, p.132-154).

⁸⁷ O “ensaio” se compõe pelos três primeiros capítulos apenas, os sete capítulos subsequentes são artigos de intervenção publicados entre 2013 e 2018 afetos ao tema dos capítulos iniciais.

[...] a todo um povo que sofre; sua espoliação tem-se aprofundado, e a inteligibilidade da dor não tem sido plena. Em especial, a todas as lutadoras e a todos os lutadores que sofreram perseguições, que foram acudidos e que choram pelo quadro presente. A todas e todos que me pediram, por esses anos de crise e golpe, as palavras da esperança, não posso saber se as trago com este livro. Meu propósito é oferecer aqui algumas palavras de ciência: sobre o capitalismo e seus termos no tempo atual, sobre as formas estruturantes da sociabilidade e sobre a formação social brasileira em particular. Que a ciência ensine a transformação, eis a esperança que volta quando toda ela se esvai (Mascaro, 2018, p. 10)

A Crise Brasileira é apresentada através de duas teses. Em princípio, ela é resultado de duas crises de formas sociais, a crise econômica de 2008 e a “crise política neoliberal”, resultante do regime de acumulação neo-fordista⁸⁸. A crise inscrita na forma-valor é a negação do seu livre desdobramento como autovalorização do valor pela lei da queda tendencial das taxas de lucro. Se na transição à Modernidade a economia de trocas capitalista vai forjando uma alternativa à integração anônima da sociedade através dos mercados, o imperativo de autovalorização do valor aprofunda no horizonte temporal a queda nas taxas de lucro dos capitalistas individuais, independentemente do aumento na massa de mais-valor (Gomes, 2022). A concorrência acirrada nesse processo tem um potencial desintegrador explosivo, ainda que consideremos as tendências contra-arrestadas da lei enunciada no Livro III d’O Capital. Por outro lado, como as sociedades de classe são atravessadas por conflitos sociais que nem sempre são estabilizados pelas instituições políticas e sociais, há crises políticas relativamente autônomas face às crises econômicas, no entanto, em crises estruturais como a presente, crise política e crise econômica se imbricam formando um nó.

A crise política foi desencadeada pela administração das instituições políticas em oposição à vontade das classes burguesas. Isso significa que é possível conduzir as instituições políticas para além da lógica da forma política, é possível até colocar em oposição instituições e forma políticas. No entanto, as instituições políticas são momentos da forma política, por isso as administrações divergentes como a petista e a trabalhista têm contra si o descompasso entre governança estatal e interesses econômicos e a legalidade imanente à forma na qual opera. A tensão pode chegar ao ponto da paralisia, como de fato chegou o trabalhismo de Getúlio Vargas e de João Goulart, e como chega o petismo.

Os *governos divergentes* são duplamente contraditórios pois se sujeitam, por um lado, à insuficiência estrutural da forma política estatal em economias periféricas e, por outro lado, há uma “contradição da forma política estatal” na medida em que a superação das formas sociais do capitalismo não pode ser feita por meio do Estado ou do Direito (Mascaro, 2018, p.90).

⁸⁸ Todas essas categorias devem de seus debates com autores do derivacionismo alemão, especialmente com Joachim Hirsch.

Portanto, não logram a coesão político-ideológica entre as classes para implementar um plano desenvolvimentista no horizonte capitalista, para um “sucesso quantitativo”, assim como são incapazes de catalisar, desde o Estado, a mobilização das massas para a luta revolucionária e o avanço qualitativo para o socialismo (Mascaro, 2018, p.80).

Em síntese, o critério normativo da crítica de Mascaro é a sociedade socialista futuro – caracterizada pela extinção da forma mercadoria e, na medida em que são suas derivações, da forma política e da forma jurídica – portanto toda a prática que se valha dos meios desta ordem para ultrapassá-la, e toda a crítica que se comprometa com elementos extinguíveis são incorretas.

Só a luta no campo da formação da ideologia, das subjetividades e das classes, dos grupos e dos partidos permite, em momentos de hecatombe extrema e de blindagem total da reprodução política e econômica capitalista, alcançar na preparação de uma alteração capaz de superar as condições sociais. A outra aposta é no acaso, no perecimento das condições de sociabilidade, como se a exasperação pudesse então propiciar às massas o entendimento científico de sua condição. Essa alternativa gera o fascismo. Mais que superar o capitalismo, é preciso criar o socialismo, ou recaímos no fascismo. Uma luta que mobilize ideologicamente as massas representa a única esperança de fazer o encontro entre crise e sentido para a história. Tal alternativa será gestada pelo povo. Mas não houve vanguarda nem partido para orientar o povo. (Mascaro, 2018, p.33)

As duas únicas práticas promissora são a crítica à ideologia do teórico crítico, e a organização das massas para a revolução, através dos intelectuais que integram a vanguarda do partido. No entanto, até mesmo sobre este povo, que precisa ser moldado para a revolução, que não está pronto para a emancipação o autor apresenta um juízo negativo, indicando mais uma dificuldade para a crítica da ideologia e para a prática revolucionária:

O povo brasileiro é constituído, em perspectiva histórica, sob a égide de dimensões ideológicas plenamente regressistas e estritamente mercantis; vida dependente de relações de submissão à burguesia, educação utilitária das escolas às universidades, informação a partir de meios de comunicação de massas concentradores e reprodutores da ideologia capitalista, valores e sociabilidade advindos de religiões de caráter altamente conservador (Mascaro, 2018, p. 34)

Por isso, se o erro do petismo foi a aposta na via institucional - na forma política - para produzir transformações quantitativas ou qualitativas, quando ela estava ou em posição “estruturalmente insuficiente” para fazê-lo, ou não percebia a “contradição da forma” com estes objetivos, o erro da intelectualidade crítica foi não fornecer a “forja ideológica” para um salto qualitativo, nem “forja institucional” para impedir o regresso. Esta intelectualidade não avaliou

rigorosamente as constrações das formas sociais, a sociabilidade totalmente reificada do capitalismo só tem um ponto de abertura: a forja ideológica.

Desdobrei até o momento a primeira tese da crise brasileira: trata-se de crise estrutural, pois para ela convergem a crise política e a crise econômica. A crise econômica se dá em função da lei da queda tendencial das taxas de lucro, e da necessidade de forjar novos regimes de acumulação ultrapassados determinados limiares. A crise política emerge graças à não identidade entre instituições políticas e forma política: se no âmbito da luta de classes impõe-se às instituições políticas um sentido contrário aos interesses da classe capitalista a insuficiência da organização política ou a tensão da forma política demarcam o momento crítico, o momento do imobilismo. A gênese da crise brasileira é a crise econômica de 2008, o *quantum* dessa crise econômica é transmitido politicamente, no entanto, para uma política já em crise desde 2006, no contexto dos escândalos de corrupção que atingiam o Partido dos Trabalhadores. Em que pese a forma jurídica seja uma derivação da forma mercadoria, e não obstante a gênese econômica dessa crise, ela é *sobredeterminada* pelo direito. Portanto, se o momento objetivo da crise econômica transmitiu à superestrutura político-jurídica a crise, é por meio do direito que se solucionará a crise.

No léxico althusseriano, na história de uma sociedade entrecruzam-se, em uma instância da realidade, duas estruturas que, por sua lógica imanente, entram em contradição⁸⁹. Essa contradição forma produz uma *determinação* que não suprime o núcleo estrutural de nenhuma das duas estruturas, mas autonomiza-se. Por outro lado, quando se cruzam três estruturas diferentes, à primeira determinação acrescenta-se uma *sobredeterminação* (Saes *in* Moraes, 2007). No materialismo histórico isso é digno de nota, pois todas as contradições são “determinadas em última instância pela *estrutura dominante*”, a economia. Portanto, a relação de conformação entre direito e política é *sobredeterminada* pela economia. A legalidade é *sobredeterminada* economicamente.

A crise brasileira presente tem determinação econômica – com correlata repercussão política – e, por *sobredeterminação*, o direito. É no campo jurídico que se vem assentando o imediato da decisão institucional e, mesmo, da condução da governança política atual, na medida da proeminência obtida pelo poder judiciário, que sagra procedimentos, criminaliza, prende e protege sujeitos e desconhece situações. A forma da subjetividade jurídica, derivada da forma mercantil, é inevitável à sociabilidade capitalista. (Mascaro, 2018, p. 50)

⁸⁹ Enquanto “as estruturas da totalidade social correspondem a determinados níveis ou instâncias, considerados os planos fundamentais da vida social” (Saes *in* Moraes, p. 34), há outros níveis ou instâncias que “não se alçam à condição de estruturas – dependem, em sua configuração, do resultado dessa articulação” (Saes *in* Moraes, p.34).

O direito passa a constituir a própria crise, torna-se a linguagem por meio da qual a esquerda articula os seus projetos, mas também é o limite dos horizontes emancipatórios desta. Ainda que o direito limite o horizonte das esquerdas, a sua sobredeterminação econômica permite ao direito transmitir quantidade à economia, por isso ele é reivindicado por todos os lados, e na medida em que não abarca a totalidade social, suas intervenções sempre parciais geram perturbações que se acumulam também quantitativamente (Saes in Moraes, 2007).

Vive-se, ao fim e ao cabo, exatamente uma crise que é do capitalismo, não se busque idealmente o mecanismo político jurídico ou social de sua recuperação ou salvação: o capitalismo é a crise. Vive-se hoje no Brasil um Golpe. Não se busque oniricamente o reestabelecimento da ordem jurídica. O republicanismo, a legalidade e a democracia não são golpeadas só de quando em quando: o Estado e o direito são o golpe. São a forma social pela qual o povo não toma o poder nem a condução de seus afazeres produtivos e suas possibilidades econômicas diretamente nas mãos. Vive-se um reacionarismo de valores e de sociabilidade. Não se busque pontuar o retrocesso apenas para que o futuro venha a aprender melhor com o passado. Pouco há de educação diretamente na empiria da dor; o que foi, o que é e o que será serão contados por uma máquina de aparelhos ideológicos, nas mãos do poder do capital. Tomem-se os aparelhos e se os transformem, não simplesmente se lhes peça que no futuro reconheçam seu erro e nosso acerto. [...] O presente vive mais uma das dolorosas crises da longa travessia da história: o capitalismo é uma reprodução imperfeita, mas onde há falha, há luta. (Mascaro, 2018, p.66)

Configurado o momento da crise, o golpe é uma das maneiras de se equacionar uma crise. É uma mudança brusca no controle, na estruturação, no funcionamento ou na dinâmica do político e social, ou no arranjo relativo de poder entre classes. Golpes são modelos de reconfiguração da dinâmica social capitalista: entre os dois termos da “revolução” e do “colapso”, dois termos separados pela “quantidade de ação”, emerge o golpe como outro da revolução porque não produz alterações estruturais no modo de produção capitalista (Mascaro, 2018).

Está no cerne da disputa política quanto ao golpe de 2016 a leitura de seus fatos e seu desenrolar como uma possibilidade legítima de resolução de crises previstas na Constituição de 1988. Ao contrário de rupturas institucionais anteriores que tiveram em algum momento de se valer da quebra do padrão constitucional vigente e do contraste com a ordem rompida, o golpe de 2016 quer escorar-se num ordenamento jurídico cujas normas-vértice sejam exatamente aquelas da Carta vigente. O solavanco político brasileiro atual buscaria ser lido, então, não como um abalam a ordem constitucional, mas como uma das variantes possíveis dela (Mascaro, 2018, p. 78)

O golpe brasileiro é *determinado economicamente e sobredeterminado juridicamente*. Com isso a política é reclamada de dois modos, pelo direito para reelaborar em termos próprios

o regime de acumulação que entrou em colapso, e entra aqui a tese de um regime de acumulação neofordista. Pela economia a política é reclamada para solucionar a crise de acumulação capitalista. O autor enxerga o golpe de 2016 como uma ruptura definitiva com a constituição de 1988 que se processou com os recursos semânticos da própria Constituição. Então o impeachment de Dilma Rousseff foi um golpe simplesmente porque provocou uma “mudança brusca na dinâmica política”, as instituições políticas mudaram de lado, no entanto trata-se de um “golpe quantitativo”, na medida em que não altera a posição relativa das classes em pugna.

Ainda, isso só foi possível porque a Constituição de 1988 efetivamente não rompeu com a ordem autocrática de 1964,

Se 2016 está no espírito de 1988, é porque 1988 é uma variante do espírito de 1964. Proponho que os quase trinta anos que separam 1988 de 2016 sejam lidos, na verdade, como modulação de um processo estrutural que remonta a 1964, quando se dão as bases definitivas da relação de dependência entre o capital nacional e o capital externo, o uso do Estado por setores burgueses e políticos assentados em modelos específicos de corrupção na interação entre os negócios públicos e privados, repressão e efetiva militarização do controle das populações e dos movimentos políticos, concreção do judiciário como instrumento do capital e do poder militar, tecnificação acrítica e conservadora dos agentes do Estado. (Mascaro, 2018, p. 80-81, destaques meus)

Em que pese o golpe de 2016 não ponha fim a 1988, isso não se deve à resiliência da Constituição, não. *Isso acontece porque o processo de constitucionalização de 1988 não encerrou o regime autocrático de 1964, que vive até hoje modulado em 1988.* Esses anos é que foram um interregno democrático que se apresentou como “tênue fresta entre as nuvens autoritárias do modelo de capitalismo dependente brasileiro” (Mascaro, 2016, p. 81), mas agora ela se fecha com o reestabelecimento da legalidade de 1964.

No plano do estabelecimento de um regime de acumulação neo-fordista, caracterizado pelo esvaziamento da legalidade e pelo deslocamento das decisões para órgãos supostamente neutros e regidos por uma lógica tecnocrática, no contexto de um regime de acumulação que sequer estimula o desenvolvimento do mercado interno, a legalidade da universalidade rompida – porque o momento determinante não está mais na mediação legislativa – tende às transições mínimas, tende a romper com a ordem através da própria ordem. Quem quer que se pergunte sobre a ilegalidade ou legalidade do Impeachment erraria a questão, pois o Impeachment foi formalmente conforme à legalidade, conquanto materialmente não o tenha sido.

Assim, questões de legitimidade na forma jurídica seriam despiciendas

Nessa linha de raciocínio, o autor reitera que a superação da crise só é possível pela práxis que rompa definitivamente com a sociabilidade capitalista e que no seu seio o autoritarismo “o termo grande é capitalismo; o termo médio é o modelo que vem de 1964 até hoje Em todo esse esquadro, a disputa sobre o golpe de 2016 é apenas a disputa em torno de um termo pequeno (Mascaro, 2016, p. 81)

Em que pese o *déficit normativo* apontado nos fragmentos de uma *teoria da sociedade* reconstruídos enquanto uma constelação teórico-constitucional, demonstram que embora não se possa falar de um *déficit sociológico* imanente ao *niilismo constitucional*, a específica teoria da sociedade com a qual essa teoria da constituição trabalha desconsidera processos de racionalização social normativos catalisados pela sociedade através do direito (Habermas, 2016, p. 365-377; Habermas, 2010, p. 100-103).

Ainda que não tratasse deste problema, a *teoria da racionalização social* de Mascaro ainda padeceria de um *déficit de complexidade* (Gomes, 2023a, p.192-206), na medida em que assimila processos de racionalização sistêmica, técnica e instrumental no direito a uma sua derivação da forma-mercadoria:

Considero equivocadas as tentativas hoje em voga por toda a parte de ‘deduzir’ as ‘formas’ jurídicas e políticas do Estado capitalista a partir da forma do intercâmbio econômico, em última instância da forma mercadoria. Em vez disso, parto das determinações formais do tipo estratégico de ação que é liberado com a diferenciação externa de um sistema econômico capitalista no interior da sociedade e institucionalizada em uma forma mais ou menos pura; mostro que o direito moderno é estruturalmente talhado para esse tipo de ação; e investigo quais estruturas morais de consciência tornam possível a forma desse direito moderno, ou seja, quais são institucionalmente incorporadas nele. Contudo para a *dinâmica de desenvolvimento*, que explica os conteúdos e as funções e as funções do direito civil, o modo de produção capitalista é decisivo, mas não para a *lógica de desenvolvimento* que explica a forma e as estruturas do direito civil (Habermas, 2016, p. 374)

Logo este *déficit de complexidade* consiste em desprezar o significado evolucionário da forma jurídica e a dimensão cognitiva do direito e da política imanentes à ruptura entre a filosofia política clássica e a filosofia política contemporânea (Habermas, 2013, p.134-41), entendendo de maneira equivocada o sentido projetado no conceito de *forma* na tradição que remonta a Thomas Hobbes. Como apontei no término da seção anterior, a adequada compreensão deste conceito revela toda uma genealogia do pensamento político ocidental (Habermas, 2021, p.1-106).

3. DUALISMO NÃO MEDIADO⁹⁰ ENTRE FATOS E NORMAS: O DIREITO INSURGENTE E A PROPOSTA DE SUPERAR A HIPÓSTASE DE TEORIA E PRÁTICA

3.1 Crítica da Economia Política e Crítica ao Direito localizadas: a categoria de forma jurídica dependente

3.1.1. O Diagnóstico da “curva descendente da crítica jurídica europeia” e a recepção do debate jurídico soviético no Brasil

Durante o processo de redemocratização brasileiro de 1985-1988, surgem editoras comprometidas com a difusão marxismo no Brasil, é nesse contexto que as duas primeiras traduções de “Teoria Geral do Direito e Marxismo”, de autoria de Evguiéni B. Pachukanis foram publicadas, pelas editoras Acadêmica e Renovar, respectivamente nos anos de 1988 e 1989. O acesso tardio à obra originalmente redigida em 1924 é notório, mesmo porque refiro-me a traduções indiretas. Ademais, apesar de seu caráter fragmentário, *Teoria Geral do Direito e Marxismo* é uma publicação de um autor já consagrado nas esferas públicas soviéticas e europeias, refiro-me a um ex-integrante da Academia Socialista de Ciências Sociais (desde 1920) posteriormente convertida na Academia Comunista (até 1931), da qual foi Vice-Diretor, além de ter sido nomeado Diretor do Instituto de Construção Soviética e Direito neste mesmo ano. O destino da obra é tanto eminente quanto trágico. Sua *tese do definhamento da forma jurídica* no horizonte da transição à sociedade comunista do futuro, eternizada nas páginas do “livrinho” (Pachukanis, 2017b, p. 59) condenou o seu autor quando, em 1930, N. Bukhárin foi acusado de “defender a extinção do Estado Soviético na transição ao comunismo”. Naturalmente, Pachukanis foi perseguido e obrigado a retratar-se publicamente para sobreviver. Pelo menos por algum tempo. O Procurador-Geral da URSS, Andrei Vychinsky, ordenou sua prisão nos expurgos de janeiro de 1937, após um julgamento realizado em abril, foi executado em setembro deste mesmo ano. Por incrível que pareça, isso não é tudo. Na qualidade de “inimigo do povo”, sua obra foi proscrita em todo o mundo sob a influência soviética, reduzindo-o ao completo ostracismo por décadas a fio.

⁹⁰ Este dualismo, mais que uma unilateralidade nos dois casos anteriores, refere-se à mediação deficiente entre teoria e prática. Não por acaso o *déficit hermenêutico* encontrado nas formulações anteriores reaparecerá *reduplicado*. Uma forma de ilustrar este problema é a ilustração do que seria a categoria de uma “interferência”, uma interferência entre “fatos e normas”, particularmente uma “interferência construtiva” entre “fatos e normas”. O referente da categoria de “Interferência” da qual me valho é do campo da física mais especificamente à superposição de duas ondas sonoras, particularmente penso na interferência construtiva, quando as ondas superpostas possuem a mesma *fase*, produzindo um aumento da sua amplitude.

Ainda que seja grosseiro reduzir a complexidade do debate jurídico soviético às figuras de Piotr Stutchka e de Evguiéni Pachukanis, este artifício se justifica pelo próprio relevo que os membros do IPDMS dão aos dois autores. No prefácio à edição brasileira de “O Papel Revolucionário do Direito e do Estado: Teoria Geral do Direito” de Piotr Stutchka, somos confrontados com alguns problemas da recepção deste debate: a primeira tradução de uma obra de P. Stutchka publicada no Brasil data de 1988, trata-se de uma publicação parcial fruto de uma tradução indireta organizada pela editora Acadêmica (Stutchka, 1989). Essa publicação parcial só foi disponibilizada na íntegra em 2022 pela Editora Contracorrente, graças ao esforço de tradução de Paula Vaz de Almeida e de pesquisa, organização e revisão técnica de Ricardo Pazello e Moisés Soares. Não se trata de preciosismo, sua principal obra “O Papel Revolucionário do direito e do Estado: teoria geral do direito” representa “a primeira grande aproximação a uma Teoria Geral do Direito marxista sob o calor e a urgência da Revolução de Outubro” (Pazello et Soares in Stutchka, 2022, p. 27). Outrossim, Stutchka foi um dos juristas mais destacados da esfera pública soviética⁹¹, além de enquanto teórico, *per se*, ser um dos pontos de cumeada do amadurecimento da teoria do direito e do estado soviéticas, seu conceito de direito será decisivo para a negação determinada que ilumina o conceito de forma jurídica em Pachukanis⁹² que lhe repreende apenas não ter encontrado a especificidade da forma jurídica dentre as outras formas sociais⁹³. Assim como Pachukanis, partiu da Introdução de 1857 ao Capital e perpassou todos os livros I e III d’O Capital. Perseguido durante o tsarismo e perseguido durante tsarismo e sob o stalinismo, o autor, mesmo *post mortem*, também foi declarado inimigo do povo e teve suas obras proscritas, conhecendo destino, neste aspecto, semelhante ao de Pachukanis.

São os próprios prefaciadores que esclarecem em que consistiu a distorção na sua recepção,

⁹¹ Após seu retorno definitivo à Rússia e já carregando no recente currículo as primeiras e mais decisivas reestruturações do sistema jurídico da revolução – como o famoso Decreto n.1, de 24 de novembro de 1917, que extinguiu o sistema judicial e criava uma justiça popular revolucionária – é que ele reassumiria, em 1921, funções de Estado como a de Vice-Comissário do Povo para a Justiça, na pasta agora encabeçada por Dmítri Kúrski. E, entre 1923 e 1932, tornar-se-ia presidente do Tribunal Supremo da Rússia, ao mesmo tempo em que exercia os encargos de professor da Universidade de Moscou, diretor do seu Instituto de Direito soviético e dirigente da Internacional Comunista letã, dentre outras funções⁹¹ (Pazello et Soares in Stutchka, 2022, p. 18).

⁹² Como se infere da leitura de “Teoria Geral do Direito e Marxismo”, Stutchka e Kelsen são os principais interlocutores de Pachukanis.

⁹³ Na formulação que lhe parece mais correta: “o direito é uma [forma de organização das relações sociais] correspondentes aos interesses da classe dominante e protegido por sua força organizada (ou seja, dessa classe). (Stutchka, 2022, p.94). A formulação original, constante nos princípios diretivos do código penal da URSS era a seguinte: “o direito é um sistema (ou um ordenamento) de relações sociais correspondentes aos interesses da classe dominante e protegido por sua força organizada (ou seja, dessa classe)” (Stutchka, 2022, p. 94, *destaques meus*)

No país, acabou-se por reduzir Stutchka a um importante jurista e político, construtor de uma teoria politicista menos valiosa, em oposição à minúcia metódica e grandeza teórica de pachukanis – uma caricatura que abre um abismo incompreensível entre práxis jurídica e análise estrutural da forma jurídica na história do pensamento jurídico soviético e no marxismo jurídico brasileiro. (Pazello *et Soares in Stutchka*, 2022, p. 27)

Apenas em 1956, com a divulgação dos relatórios Krushev foram publicamente “reabilitados” no XX Congresso do Partido Comunista Soviético, no entanto, até a década de 1980 sua presença no mercado editorial soviético era rarefeita. Posicionando-se sobre a história da teoria do direito soviética, Ricardo Prestes Pazello elege, como H. Kelsen e outros, Pachukanis como o ponto alto da evolução da teoria do direito.

O debate jurídico soviético aportou nas mais significativas conclusões acerca da especificidade do direito como resultado do modo capitalista de produzir a vida sem, contudo, cair em uma inanição. O implacável diagnóstico, especialmente de Pachukanis de que a essência do direito se encontra na relação jurídica entre sujeitos de direitos detentores de mercadorias equivalentes não representou uma abstenção em face da luta política. Sendo assim, a crítica à forma jurídica (análise do direito fundada na crítica à economia política e a afirmação da possibilidade do uso tático do direito (baseada em um projeto político-revolucionário) não dão azo nem para o socialismo jurídico nem para o antinormativismo anarquista (Pazello, 2022, p. 243-244)

Em destaque, a proposta do Direito Insurgente: refletir sobre a relação entre o direito e os movimentos populares a partir do signo da insurgência (Pazello, 2021a, p.1) é feito com base em dois fundamentos: primeiro, os fundamentos marxianos-marxistas e, segundo, os fundamentos da teoria crítica latino-americana do giro descolonial do saber e do poder (Pazello, 2021a, p.1), particularmente, o debate descolonial é resgatado com a baliza da teoria marxista da dependência (Ruy Mauro Marini, Vânia Bambirra e Theotônio dos Santos), pois sem esse vínculo as duas perspectivas se despotenciam (Pazello, 2021a, p.1). O objeto, como o próprio autor reconhece, é mais teórico do que real. No entanto, isso não é nenhum demérito, pelo contrário, Pazello tem em vista uma agenda de pesquisas principalmente em história do direito, pois retomado e contextualizado o debate sobre a(s) “forma(s) jurídica(s)”, enuncia com Pachukanis “esta forma tem uma história⁹⁴” (Pazello, 2019. tem por fulcro propor uma agenda de pesquisas, principalmente em termos de história do direito (Pazello, 2014b, p. 297). O saldo do debate jurídico-soviético, considerando o debate Pachukanis-Stutchka, e particularmente o próprio E. Pachukanis orbita o conceito de forma jurídica e seus momentos esboçados por

⁹⁴ *Reapropriação diferente*, mas a fim é sugerida por Ludovic Hetzel em um texto traduzido para o português por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Theresa Calvet de Magalhães “A Dialética Materialista n’O Capital: algumas pistas para reabrir um canteiro de obras” (Hetzel in Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 171-188).

Pachukanis, a práxis insurgente de Stutchka⁹⁵, e a concepção do horizonte da transição nos termos de Pachukanis:

A transição é um processo de longa duração, que não está adequado a arroubos idealistas de extinções imediatas das formas sociais do capital contra as quais combate. Apesar de seu desiderato, não se trata de ato de mera vontade superar tais formas sociais. Nesse sentido, a transição socialista convive com o direito premido por seu uso político revolucionário (no extremo, a estatização dos setores econômicos, a socialização dos meios de produção e o planejamento central). (Pazello, 2018, p. 1577)

Depreende-se um processo de amadurecimento da teoria do direito e do estado soviética que se distingue, por um lado, pelo *antinormativismo*, isto é, concebe-se o direito como *relação jurídica* e não como *norma, essencialmente*. Por outro lado, trata-se de formulações capazes de pensar o direito no horizonte de sua extingüibilidade. Na sequência, com os expurgos, projeta-se uma “*curva descendente da crítica jurídica europeia*” ou “*transição para a extinção da extinção do fenômeno jurídico*”, que retorna progressivamente ao normativismo e à estrita imanência do direito. afastando-se simultaneamente das fórmulas antinormativistas de Pachukanis e Stutchka,

Descrito o debate fundamental que tem seu ápice em Pachukanis, a crítica jurídica a partir de então apenas rumará para um abandono destas formulações. É o que chamo de *curvatura descendente da crítica jurídica europeia* ou a *transição para a extinção da extinção do fenômeno jurídico*.

Com a constituição soviética de 1936 ficou “decretado” o fim da luta de classes e o procurador-geral da URSS, Andrei Vychinski, protagoniza o grande expurgo cometido por Stálin – que levaria ao cadafalso inclusive Pachukanis. A teoria marxista do direito se transforma em uma teoria do direito socialista, tendo por *ponto cego*⁹⁶ o problema do estado, no leste europeu.

Enquanto isso, na Europa ocidental, contínuos afastamentos vão se dando, de autores que inicialmente advogam o marxismo ou dele estão muito próximos intelectualmente (como nos exemplos de António Manuel Hespanha, Michel Miaille, Bernard Edelman, dentre outros). Ainda assim, apesar de tal abandono gradativo, subsistem movimentos jurídicos progressistas, dando sobrevida a algumas interpretações marxistas a respeito do direito. É o caso italiano do “uso alternativo do direito”, em que autores como Pietro Barcellona e Giuseppe Cotturri chegam a propor uma “reapropriação social da função normativa”³⁶ e uma justiça de classe. Também é o caso da Espanha e o seu respectivo “uso alternativo do direito” (com propostas neomarxistas como as de Nicolás María López Calera ou Juan-Ramón Capella). (Pazello, 2018, p. 1578-1579, *destaques meus*)

Exposto o saldo e a tese que dão título a este tópico, vale a pena destacar uma nuance deste argumento na tese de doutorado do autor:

⁹⁵ “É, portanto, irresponsabilidade negar o direito diante da necessidade de dele lançar mão frente a disputas e criminalizações. No entanto, é excessiva ingenuidade afirmar e acreditar que este é um caminho linear para modificar as relações sociais de opressão e exploração próprias do capitalismo.” (Pazello, 2018, p. 1577, *destaques meus*). Concordo com Pazello.

⁹⁶ A tese segundo a qual “A teoria marxista do direito se transforma em uma teoria do direito socialista, tendo por ponto cego o problema do Estado” (Pazello, 2018, p. 1579) será retomada adiante.

No entanto, ao apogeu da crítica jurídica marxista, ocorrido nos primeiros anos da revolução soviética, seguiu-se seu declínio. Com o grande expurgo cometido por Stálin, já na década de 1930, que levou à execução de Pachukanis, Rubin, Trotsky, Bukharin, Preobrajensky e Tchayanov, mas também Krylenko, Krupskala, Zinoviev, Kamenev, Riazonov, dentre ilhares de outros, a teoria marxista do direito, na URSS, dogmatiza-se e rejeita toda a reflexão sobre a extinção. Com a constituição soviético de 1936, ficava “decretado” o fim da luta de classes e seu procurador-geral, Andrei Vychinski, passaria a se encarregar de “refutar a doutrina marxista do Direito da autoria de Pachukanis, eoutras concepções semelhantes”, defendendo “a doutrina stalinista do ‘papel ativo da superestrutura’ para o desenvolvimento da base”, a tese de que a teoria do direito “antecede o Direito Positivo, baseando-se nos princípios do socialismo, bem como acusando e levando ao cadafalso os formuladores de ideias contrárias a estas, como Pachukanis. *Na URSS, inaugurava-se a era dos manuais. As repercussões de uma leitura marxista do direito, em geral, não puderam escapar às teses jurídicas estalinistas ou pós-estalinistas, mormente porque o circuito europeu de reflexão sobre o materialismo histórico esteve premido por este contexto específico. Quando houve condições de extravasar este horizonte, principalmente na Europa ocidental, o ponto cego se tornou o problema do estado (Também presente nas reflexões soviéticas), como decorrência das reestruturações econômicas observadas após as grandes guerras. Assim, a guerra fria e o estado de bem-estar social recondicionaram as questões a respeito de uma leitura marxista do direito, o que acabou se tornando a tônica nos discursos de então. Não temos como, aqui, comprovar esta tese, afinal demandaria uma investigação à parte, mas é possível notar sua procedência em toda crítica jurídica mais ou menos marxista, do segundo meado do século XX (Pazello, 2021a, p.244-245, destaques meus).*

A tragédia de Pachukanis é *como que* representativa de uma experiência de aprendizagem social com o direito e com a política muito precária e deficiente, mas ainda possível precocemente abortada pelo stalinismo. Para matizar essa colocação, sinto-me obrigado a dar outro exemplo. No caso húngaro, reconstruído Csaba Varga, antes do stalinismo “era um lugar comum a afirmação de que a Hungria era uma nação de juristas”, fator importante no processo civilizacional do país, uma vez que “um conjunto de acadêmicos de ciências jurídicas, representantes do que havia de melhor entre os seus pares, poderia estabelecer o nível o processo de modernização através do direito e das suas referências acadêmicas versadas no debate jurídico europeu” (Varga, 1995, p.23), o jugo stalinista interrompeu esse *processo de aprendizagem* com o direito, e parece ter catalisado verdadeiros *processos de desaprendizagem*. Para Csaba Varga, sob o stalinismo essa nação de juristas viveu um período de ruptura com o Estado de Direito (Varga, 1995, p.23). Apesar da riqueza das contribuições do austro-marxismo e de outros países do leste europeu, assim como do próprio debate russo-soviético, o Procurador-Geral da URSS e jurista A. Vychinsky encarregou-se *também* da *elaboração* de uma Teoria do Direito e do Estado autoritárias, assim como da sua *execução* e, não menos importante, da tarefa de *proscriver as teorias a que se opunha*:

O elemento característico e distintivo da abordagem de Vychinsky é seu método. A concepção de um centro do qual não poderiam dimanar senão decisões corretas e que,

por isso mesmo, *demandava a implementação incontestada*, tudo isso legitimado *ex post* por essa premissa, *transforma o trabalho de reflexão da Teoria do Direito e da Teoria do Estado algo dispensável, naturalmente todos esses elementos estão inscritos em cada um dos textos de Vychinsky sobre o Estado e o Direito neste período*. Dito de outra forma, temos aqui a *reiterada declaração apodítica da absoluta determinação econômica com relação aos demais processos sociais, com relação aos quais não se reconhecia nenhuma autonomia relativa, nem mesmo algum efeito secundário sofrido pelas demais esferas da sociabilidade poderia incidir sobre o processo econômico*. Este era a base do qual todos os demais fenômenos eram apenas um reflexo. Portanto, está em questão aqui um *conceito determinista da legislação social (voluntarista em suas tendências políticas)*, o que não requer e não tolera nenhuma correção espontânea do estado de coisas existente e, portanto, *desejável, por isso mesmo eram despiciendas quaisquer análises em termos de teoria da sociedade*. (Varga, 1995, p.22, *destaques meus*).

A coerência da teoria de Vychinsky com a sua prática – consoante Varga – é um exemplo do que Teoria do Estado e Teoria do Direito servis podem promover: uma legitimação teórica do autoritarismo, assim como a catálise regressões no campo da dogmática jurídica. Se nos fosse dado separar a formulação teórica do contexto de gênese, isto é, a afirmação de que “o sistema jurídico é simples reflexo do sistema econômico” da posição ocupada por A. Vychinsky nas esferas públicas soviéticas, talvez nos soasse absurda a imputação também do teórico Vychinsky pelos horrores sob o stalinismo. No entanto, o significado profundo desse tipo de “intervenção” nas esferas públicas foi acusado por H. Kelsen:

A teoria jurídica soviética se adapta de maneira submissa a todas as mudanças na política do governo soviético. O exame dessa teoria a seguir mostrará o vergonhoso declínio de uma ciência social que não é capaz de se emancipar da política. Numa época em que o poder do Estado está aumentando continuamente em toda parte, deve-se levar muito a sério o fato de que a degradação da ciência em cúmplice do poder se efetua na União Soviética sob a liderança de estudiosos intelectualmente destacados. (Kelsen, 2021, p. 8)

De fato, o caráter performativo, o sentido político dessas teorias é inafastável. Por outro lado, formulações vagas dessa natureza são, em regra, marcadas por um profundo déficit sociológico, na medida em que não se dão sequer ao trabalho de fundamentar epistêmica e metodologicamente o seu ponto de partida (Gomes, 2023, p.7-29). Assim como Kelsen, Csaba Varga também lamentou a conversão da teoria do direito em ciência sob o stalinismo,

Somente uma fundamentação em termos de teoria da sociedade pode convencer um político a não utilizar o direito como uma panaceia, como um instrumento singular para a mudança social, fazendo as vezes – e inclusive substituindo – as reformas genuínas. Apenas uma fundamentação dessa natureza pode estabelecer as fronteiras e as limitações do Direito. (Varga, 1995, p.27)

Por sua vez, a Teoria Crítica do Direito de Ricardo Prestes Pazello propõe o diagnóstico a respeito da história da teoria do direito e do estado marxistas na europa a partir das categorias de “*curva descendente da crítica marxista europeia*” ou de “*transição para a extinção da*

extinção da forma jurídica”, isto é, uma vez que os grandes teóricos do direito e do estado soviéticos caíram no ostracismo, três perdas elementares podem ser mapeadas na tradição marxista. Primeiro, a crítica à forma jurídica, distinguindo, o *direito do uso do direito*. Segundo a consciência da historicidade do direito, o que nos leva à necessidade de pensar a forma jurídica como uma forma social específica do modo de produção capitalista e prescindível à integração da sociedade, o que nos legou a incapacidade de pensar um horizonte de transição à sociedade comunista do futuro no qual definem tanto a forma jurídica quanto o Estado. Terceiro, a inauguração da “era dos manuais” na URSS selou a ruptura com uma teoria crítica do direito e do estado que – conquanto não nos pareçam hoje perfeitas – há pouco floresciam.

3.1.2. Críticas Marxista ao Direito no Brasil no século XXI: um jardim suspenso entre dois céus se ergue sobre os escolhos da crítica do direito

A comprovação da teoria nas “práxis” é, para o pragmatismo, o critério da verdade daquela. Em contraposição a isso, para o pensador crítico “a própria comprovação, a própria demonstração de que ideia e realidade objetiva coincidem constituem um processo histórico que pode ser inibido e interrompido. O pragmatismo tenta em vão saltar por cima dos fatos históricos, alçando a primeiras “práxis” que encontra pela frente a parâmetro do ato de pensar. (Benjamin, 2013, p. 152)

Meu recorte é a aproximação entre o direito e o marxismo do ponto de vista da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional e, por extensão da teoria do direito e da teoria do estado quando julguei possível reconstruir uma teoria constitucional de fundo. Isso posto, não é possível falar de teoria crítica do direito antes da década de 1950. Em sua reconstrução do estado da arte dos debates sobre direito e marxismo entre nós, Ricardo Pazello distingue três gerações. A princípio, estrema duas formulações mais sólidas, a saber: por um lado, o direito é lido como *meio* opaco por meio do qual o poder político, simultaneamente, impõe-se e busca legitimar-se; por outro lado, o direito é lido como instrumento do qual podem servir-se os interesses daqueles que dominam a sua técnica e se comprometem ético-politicamente com os oprimidos (Pazello, 2021b, p.68). Em síntese, se com o Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia, Orlando Gomes, temos uma abordagem eminentemente teórica e pessimista a respeito do direito, com o Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná José Rodrigues Vieira Netto, acentua-se muito mais a dimensão do comprometimento ético-político do jurista e, conseqüentemente, à aposta mais otimista na práxis. Seja como for, amadurecidas ao longo da década de 1950, essas duas abordagens arquetípicas do direito influenciarão as gerações seguintes.

Nas três décadas subsequentes, entre 1960 e 1980, consolidar-se-ia a chamada “tradição heroica”, cujo expoente será *Roberto Lyra Filho*, proponente da “Nova Escola Jurídica Brasileira” consolidada no chamado “*Direito Achado na Rua*”. Institucionalizando-se na Universidade nacional de Brasília, os juristas ligados à escola enfrentaram a crise dos anos 1960, o Golpe Militar de 1964, as lutas pela Reforma Universitária (Lyra Filho, 1980) – promulgada em 1968 -, assim como se juntariam a outras tradições universitárias progressistas na luta pela redemocratização e pela reconstitucionalização a partir de fins da década 1970 (Pazello, 2021b, p. 70). Como não convêm a descrição apologética dos méritos de um autor, destaco a importância da contribuição de Roberto Lyra Filho em quatro aspectos. Primeiro, nos seus escritos de intervenção nas esferas públicas sobre a Reforma Universitária, e posteriormente no debate sobre a redemocratização, particularmente em defesa do processo constituinte⁹⁷. Em segundo lugar, o projeto do “Direito Achado na Rua” nos legou a primeira “tradição” em termos de “Teoria Crítica do Direito”, uma vez que se autonomizou da figura do seu patriarca e segue ativa na atualidade. Em terceiro lugar, diferenciava-se seja do Pluralismo Jurídico seja do Direito Alternativo na medida em que se propunham a pensar o Direito desde o “instituído negado”: a normatividade deste “Direito Achado na Rua” derivava da normatividade já vigente na “realidade efetiva” de certos grupos e movimentos sociais que, não obstante não constituírem ameaça à hegemonia estatal, não eram reconhecidos como tais pelo Estado brasileiro⁹⁸.

A leitura de K. Marx proposta por Roberto Lyra Filho, finalmente, constitui o ponto alto de sua contribuição às Teorias Críticas do Direito brasileiras. Isso porque o humanismo dialético de Roberto Lyra Filho é heterodoxa ou antidogmática e se dirige diretamente aos textos originais de K. Marx, não com finalidades meramente exegéticas, mas para pensar o tempo presente. Sem dúvidas, quando me refiro a uma leitura produtiva de K. Marx também destaco a recuperação de textos importantíssimos como *A Ideologia Alemã*, os *Manuscritos de Paris*, a *Crítica do Programa de Gotha*, *Sobre a Questão Judaica*, dentre outros. Aliás, em que pese o primeiro jurista a referenciar E. Pachukanis no país tenha sido Orlando Gomes, fê-lo confessadamente de segunda mão, por ocasião do curso ministrado na UFBA sobre *Marx e Kelsen* (Gomes, 1959), cabe a Roberto Lyra Filho o mérito de estudá-lo e referenciá-lo em primeira

⁹⁷ Após o resultado das eleições para o Colégio Eleitoral, virou um lugar comum entre conservadores e marxistas, revolucionários ou não, a crítica à Constituição de 1988, iniciando uma longa corrente que chega até os dias atuais e da qual não se desvencilham os proponentes do Direito Insurgente.

⁹⁸ Grosso modo, tratava-se de relativizar o dogma monista segundo o qual o direito é a normatividade institucionalizada pelo Estado. Especialmente relevante no contexto de ascensão dos novos movimentos sociais, sintoma do processo de amadurecimento da própria sociedade civil brasileira.

mão em obra publicada no ano de 1972 (Pazello, 2021b, p.70). Relembra-nos a desilusão experimentada por Marx ao escolher estudar Direito⁹⁹, “Marx era completamente humano e que o seu gênio, por isto, não evitava certos condicionamentos de simpatia ou antipatia, em relação a pessoas e doutrinas” (Lyra Filho, 1983, p. 43), e embora sejam “[ambíguas] as relações entre Marx e as palavras Direito e Justiça, como projeção de um constante ressentimento com os seus antigos e poeirentos professores” (Lyra Filho, 1983, p. 43) ainda acredita ser possível propor uma crítica marxista do direito, que denomina de humanismo dialético:

A negação da negação, alcança, de qualquer forma, não somente o intercâmbio com Marx, porém até as divisões internas e convencionais da obra marxiana. Isto, aliás, constitui como que a espinha dorsal do presente ensaio. E, apenas acrescento que estará, porventura, na combinação as ditas fases marxianas o ponto de arranço para a minha proposta: ela rejeita, simultaneamente o iurisnaturalismo (sic) e o positivismo, entre os quais se dilaceram as ideias jurídicas de Marx – conquanto, sem estas, preciso reiterar, também não seja possível atingir a almejada superação de tudo aquilo que ele nos deixou como antinomia, Direito e Antidireito, direito de revolução social pela dominação e Direito de libertação. De minha parte, apenas desejo transformar uma síntese virtual e indecisa, mas nuclear, no pensamento de Marx, em síntese efetiva, consumada e resolvida, e ao cabo, mais fiel ao anseio latente, que nele se frustrou. (Lyra Filho, 1983, p.87)

O diálogo reconstruído por Lyra Filho procura integrar os distintos momentos da obra marxiana, assim que após uma rigorosa leitura de textos tais como os artigos sobre a questão do furto da madeira e sobre a questão judaica, passando por “O Capital” e aportando “Crítica do Programa de Gotha”, sem desconsiderar que os textos foram redigidos por um ser humano que, durante a sua vida, teve uma experiência particular com o direito. Pois bem, sem acusar um positivismo de combate nem um jusnaturalismo estritos na sua obra, tampouco uma negação total do direito, o humanismo dialético é marxista porque procura estabelecer a dialética interna à obra de K. Marx no que toca ao direito, dialética interna essa que ele mesmo não enunciou.

⁹⁹ Terminado o terceiro ano do ginásio, K. Marx se matriculou no curso de Direito da Universidade de Bonn, onde o corpo docente sofria forte influência do Romantismo Alemão, especialmente de Schelling, ali lecionava Schelegel, e Marx fez questão de matricular-se nas disciplinas lecionadas pelo filósofo. Alguns fatos curiosos sobre a curta estada de K. Marx em Bonn: adquiriu muitos livros, particularmente volumes clássicos de história, assistiu assiduamente às aulas de seis das nove matérias em que se matriculou, mas concedeu ao pai abandonar três matérias afetas à Física e à Química (Musto, 2022, p.27-29). Não obstante, ao cabo dos seis primeiros meses em Bonn, Marx adocece em decorrência do excesso de estudo, o que lhe valeu a repreensão paterna. No semestre seguinte, Marx finalmente foi conquistado pelos prazeres da vida boêmia: gastou mais dinheiro do que podia, contraiu dívidas e até mesmo comprou uma arma ilegalmente (Musto, 2022, p. 29). Foi descoberto pela polícia e submetido a um inquérito por porte ilegal de arma, além de ter sido submetido a um dia de prisão por ruídos noturnos e embriaguez (Musto, 2022, p. 29). Isso é o que sabemos com certeza. O estopim para o término da sua curta estada em Bonn teria sido “um duelo com outro aluno, no qual foi ferido levemente na parte superior do olho esquerdo.” (Musto, 2022, p. 29). O biógrafo Michael Heinrich pondera diversas versões do suposto evento e conclui: “Se Marx participou de um duelo, é pouco provável que tenha sido de um com pistolas, já que esse tipo de combate não era comum entre os estudantes. É mais provável que se tratasse de um duelo estudantil de esgrima (...)” (Heinrich, 2018, p. 160).

Nem isso compromete a proposta:

Não foi certamente Marx, o primeiro a pensar a “essência do homem” como liberdade, mas nele, sem dúvida, esta “liberdade” foi pela primeira vez, inteiramente concebida como uma conquista da práxis, em que o homem se configura, a partir da trama de relações sociais, com substrato econômico, visões clássicas e luta de classes. Essas duas visões – liberdade e liberdade situada, para a conquista gradual, estabelecem a dialética do humanismo autêntico, através do potencial tipicamente humano da libertação, como ciência dos condicionamentos (tese herdada de Hegel) e de tal ciência como um surto emerge no amadurecimento das contradições da práxis (colocação herdada de Marx). A consciência, então, se transforma em conscientização possível, segundo a conjuntura, e a liberdade, em libertação efetiva de classes, grupo de pessoas intermitentes *no processo*” (Lyra Filho, 1983, p.90-91, *destaques meus*)

Sem dúvidas o humanismo dialético que fundamenta a “Nova Escola Jurídica Brasileira” visa a essa síntese sugerida pelo próprio K. Marx, mas nunca efetivada. Esta mediação dialética entre uma ontologia jurídica implícita no Jovem Marx uma sociologia crítica nos fornece uma proposta na qual nem teoria nem práxis se divorciam, antes medeiam-se contraditoriamente: as transformações sócio-econômicas, necessárias à efetivação da liberdade não se degeneram na negação da forma da liberdade (Lyra Filho, 1983, 91-94).

Além disso, o nível de refinamento da proposição de Roberto Lyra Filho é o saldo de todas as gerações de marxistas do Brasil até a fase heroica¹⁰⁰, mas concordo com o Pazello em acrescentar neste pálio o nome de Tarso Genro (Pazello, 2021b, p. 71). Em que pese este não tenha se ocupado de Stutchka ou de Pachukanis, ocupou-se de Lênin, e chegou a uma formulação simples, porém salutar: “o direito nem é só instrumento de dominação e nem é só instrumento de realização da liberdade”.

Enquanto o Ocidente submergia na fase mais profunda da crise provocada pelo *paradigma neoliberal* (Guimarães, 2007, p.29), e o *Estado de Bem-Estar Social neokeynesiano* não ofereciam alternativas consistentes para as esquerdas¹⁰¹, o Brasil vivia “o processo constituinte de maior participação popular da história do Brasil” (Cattoni de Oliveira in Cattoni de Oliveira, 2020, p. 386). Ainda que se considere – do ponto de vista político – a eleição de Collor e Cardoso, o Partido dos Trabalhadores, fundado em 1980, contava apenas 22 anos de existência quando elegeu um Presidente da República *neste contexto*. Perguntando-se como isso foi possível, Juarez Guimarães lembra o valor da *democracia socialista* e a determinação ideológica imprimida ao PT. Retrospectivamente, algo mais que uma década de aprendizado com o direito e com a política sob a constituição de 1988 permitiu a gestação de um *paradigma*

¹⁰⁰ E ao que me parece, em que pese a fragmentariedade da sua obra, é o saldo da crítica marxista do direito brasileira como um todo.

¹⁰¹ Na Europa, a rigor, a crise da esquerda dura desde fins dos anos 1970.

republicano-socialista substituir um *paradigma neoliberal* em crise (Guimarães, 2007 p.29). A aposta inscrita no documento “*Socialismo Petista*” permitiu ao partido que se fundiu à cultura democrática e republicana brasileira mantivesse sua identidade, identidade *determinada*, conquanto *plural*: “*O socialismo pelo qual o PT luta prevê, portanto, a existência de um Estado de Direito no qual prevaleçam as mais amplas liberdades civis e políticas, de opinião, de manifestação, de imprensa, partidária, sindical [...]*” (Guimarães, 2007, p.49, *destaques meus*).

Destaco esse capítulo de nossa história para ilustrar o argumento de Pazello: a redescoberta de Pachukanis e Stutchka permitiu um descentramento da teoria marxista do direito, pois recuperando a categoria de forma jurídica, retomando o antinormativismo, foi possível o reposicionamento das Teorias Críticas do Direito após os anos do pensamento único. Isso não isenta o processo de recepção tardia das suas deficiências, pois o predomínio a influência confessa de Althusser sobre João Quartim de Moraes, orientador de Márcio B. Naves na sua tese de doutorado nos dá a dimensão do meio em que a literatura pachukaniana foi traduzida e divulgada (Naves, 2008). Logo, se o nascimento da tradição influenciada por Márcio Naves ilumina unilateralidade dos seus antecessores, na medida em que abandonaram as duas dimensões básicas da crítica ao direito, por outro lado também ilumina a sua virtude, isto é, uma intelectualidade atenta à caixa de ressonância da esfera pública, capaz de traduzir os *insights* da tradição marxista em interpretações e intervenções de dogmática constitucional que tinham, mais que influência na prática, a inserção na sociedade civil e a sensibilidade para as suas temáticas necessárias a todo o marxista, ainda mais um jurista. O deslocamento das convergências ao redor do direito enquanto instrumento social de dominação, identificado com finalidades políticas em Orlando Gomes, e o direito enquanto ferramenta à disposição da práxis transformadora de Vieira Neto¹⁰² (Pazello, 2021b, p.72) se processará na década de 2000 da seguinte maneira:

o florescimento do marxismo no campo jurídico brasileiro acompanha a retomada pelo interesse por estudar Marx em tempos de desgaste do neoliberalismo e de severa crise mundial do capital, que teve seu ápice em 2008. No entanto, há algumas especificidades. Dentre elas, o relativo abandono que as teorias críticas do direito fizeram do marxismo nos duros anos de pensamento único, após o fim da União Soviética. Este abandono aparece com considerável evidência nas produções jurídicas do ‘direito alternativo’ e do ‘pluralismo jurídico’.

Ao mesmo tempo em que isto ocorre, algumas posturas marxistas permanecem em nichos universitários e intelectuais, protagonizados por docentes e discentes, assim como as esquerdas, em termos nacionais, não desaparecem, apesar de terem ficado minoritárias. No entanto, ressurgem, senão com força, consolidadamente dos anos 2000 em diante. (Pazello, 2021b, p. 73)

¹⁰² Professores titulares respectivamente na Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Universidade Federal do Paraná (UFPR).

As primeiras tendências¹⁰³ abarcam desde o *Movimento do Direito Alternativo* ao *Pluralismo Jurídico* antes dos anos 2000 e, especialmente após a virada do século, o movimento do *Garantismo Constitucional*¹⁰⁴ e o *Novo Constitucionalismo Latino-Americano*, confirmando tratar-se de teorias que confundiam o direito em si com o seu uso e, quanto ao uso, que apostavam no *uso estratégico do direito*. Não por acaso, distinguem-se pelo normativismo confesso e se encerraram” no estreito horizonte do direito burguês” (Pazello, 2021b, p. 73-74). Reunidos sob a categoria de “*socialismo jurídico*”, organizaram-se através dos Congressos Internacionais do grupo “Direito e Marxismo” ocorridos na Universidade de Caxias do Sul (UCS) a partir de 2010. Sua estratégia de divulgação organizou-se através de publicações coletivas e anais de eventos, , destacando-se os proponentes de leituras em termos de Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Teoria Política e Direito Constitucional, tais como Martônio Mont’Alverne Barreto Lima, Enzo Bello, Sérgio Augustin e Gilberto Bercovici (Pazello, 2021b, p. 75-76).

Tendo isso em mente, a leitura de Ricardo P. Pazello parece-me adequada:

a senda aberta pelas teorias críticas do direito redundou em dois estímulos: em primeiro lugar, a possibilidade de leitura de textos que dialogavam com o marxismo para pensar o direito; por outro lado, a percepção dos limites de tais estudos também gerou a necessidade de superá-los de alguma forma. O caso exemplar dessa nova tendência, até por seu pioneirismo, é o da obra de Márcio Bilharinho Naves. Tendo defendido sua tese de doutorado em 1996, inaugura uma das mais importantes tendências de estudo de marxismo e direito no Brasil, o aprofundamento na leitura da obra do jurista soviético Evguiéni Pachukanis. Sua grande contribuição é a de difundir o deslocamento de uma concepção instrumental do direito, que prevalecia nos setores de juristas críticos próximos do marxismo, para uma relacional, quer dizer, baseada no entendimento de que o fenômeno jurídico é relação social específica do capital. Este movimento só foi possível pelo resgate, com toda a seriedade, do debate jurídico soviético da primeira geração revolucionária. No centro da ribalta, pelo menos dois juristas daquele debate, nomeadamente Piotr Stutchka e o já mencionado Pachukanis (Pazello, 2021b, p. 73)

No entanto, se Márcio B. Naves optou por não lecionar numa Faculdade de Direito, fácil se depreende que o caráter pioneiro da sua exegese de Pachukanis e Marx constitui uma das maiores contribuições para a tradição marxista. No entanto, o denominado “polo paulista” da crítica marxista organizado, em especial, ao redor de Alysson L. Mascaro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), na capital, se por um lado partirá das contribuições

¹⁰³ Para Ricardo Pazello e Moisés Soares, trata-se da geração de 1990, juristas de cuja interpretação da obra marxiana, caracterizam como eclética (Pazello et Soares, 2014, p.477-485).

¹⁰⁴ Não confundir nenhuma dessas tendências com as suas raízes e paralelos em movimentos de outros países, refiro-me à sua condensação no Brasil.

de Márcio Naves, por outro lado, buscará uma aproximação com as Teoria Derivacionistas, no caso de Mascaro, especialmente de Joachim Hirsch (Pazello, 2021b). O trabalho de divulgação da obra pachukaniana já foi esgotado, a contribuição de Alysson Mascaro e Camilo Onoda Caldas é, a uma, propor uma Teoria Crítica do Estado, a duas, uma aproximação entre E. Pachukanis e J. Hirsch, a três, propor a compatibilidade, mais especificamente, entre uma leitura althusseriana de pachukanis, por um lado, e a Teoria Derivacionista de Joachim Hirsch, por outro lado. Por fim, e para nossas finalidades o mais importante, como vimos, do ponto de vista da dimensão pública da linguagem (Calvet, 2011), posições teóricas não se esgotam nunca em meras posições teóricas, e mesmo quando se esgotam na prática, imputa-se a práxis absentéista à irresponsabilidade política do autor.

Por isso nos parece adequado colocar a questão nos termos propostos por Pazello: *entrencheadas em nichos universitários* cada vez mais sectários, as críticas ao direito enquanto relação jurídica cujo conteúdo é a relação econômica entre proprietários de mercadoria é uma crítica relacional, é uma crítica antinormativista, mas nas suas projeções pragmáticas é uma atitude teórica anarquista:

Dentro do grupo de São Paulo, também com importante difusão editorial, o nome de Alysson Mascaro ganhou destaque por levar adiante a perspectiva marxológica de estudo de autores, bem como por divulgar no Brasil, debates sobre as teorias marxistas do estado (teorias materialistas e derivacionistas, por exemplo). Do ponto de vista universitário, já orientou quase uma dezena de teses de doutorado na área, na USP, o que tem gerado relevante repercussão dessa discussão. Por aderir mais ao legado althusseriano de análises marxistas, não deixa de se aproximar teoricamente de Naves, apesar de divergências conjunturais demarcarem algumas distâncias entre Campinas e São Paulo capital. (...) Apesar de delimitar uma posição de complementaridade entre [P. Stutchka e E. Pachukanis], ou seja, entre a tomada de posição do poder (a necessidade da luta) e a crítica ao capital (o entendimento da forma), Mascaro enfatiza muito mais a plenitude e radicalidade de Pachukanis [se comparado com sua leitura de Stutchka], por, no fundo, apostar mais na teoria forte que na ação concreta (...). (Pazello, 2021b, p.74 et 78-79)

Este *antinormativismo anarquista*, conquanto pareça-lhe ter “as melhores elaborações, “não consegue incidir na realidade (nem mesmo na realidade política legislativa ou judiciária, quanto mais na realidade social em geral)” (Pazello, 2021b, p. 80). Essa espécie de crítica externa à forma jurídica abdica conscientemente do direito como instância de mediação indivíduo e sociedade, até mesmo como forma de consciência relativamente opaca a partir da qual o sujeito pode, ressalvadas as mediações necessárias, “tomar consciência” das contradições sociais efetivamente existentes. Forçoso reconhecer que o estado da arte dos debates sobre direito e marxismo encerra um dilema não só na leitura de Ricardo Prestes Pazello, na medida em que referido diagnóstico é compartilhado entre os membros do IPDMS (Soares et Pazello, 2022),

senão vejamos a perspectiva de Moisés Alves Soares. A respeito do “*socialismo jurídico*”, Moisés Alves Soares, em referência às categorias de Gramsci e do contexto do marxismo italiano adota a categoria homóloga de “*crítica reformista do direito*”, ora em crise após “longa guerra de posição” (Soares, 2020). Quanto ao “*antinormativismo anarquista*”, Moisés Alves Soares adota a categoria também do léxico gramsciano e homóloga de “*crítica jurídica maximalista*” (Soares, 2020).

No decorrer do seu texto, o dilema das teorias críticas do direito assume os seguintes contornos:

Na presente quadra histórica, período em que o direito assume uma centralidade ímpar na vida brasileira, o equilíbrio catastrófico entre uma abordagem estruturada nos nexos da crítica da economia política brasileira, mas dentes para morder a conjuntura política, e uma projeção politicista e instrumental da práxis jurídica como confronto de classes, mas incapaz de compreender a dinâmica de nossa forma jurídica, tem impedido nocivamente o avanço da crítica marxista do direito.

[...]

Evidentemente que apontar para necessidade de se superar o abstencionismo não significa embarcar em um impulso politicista e voluntarista com vistas a fazer prevalecer no campo interpretativo e acadêmico os interesses subalternos, que e poderia denominar numa tradução do arsenal gramsciano de arditismo jurídico.

[...]

O realismo nos exorta a reconhecer que a guerra de trincheiras imposta pela mediação jurídica possui suas contradições, entretanto é o campo de batalha primorado pelo adversário e não o local oportuno da conquista de posições paulatinas numa luta progressiva de direitos. Mas a disparidade da morfologia da disputa não pode implicar em postura maximalista dissociada dos interesses mais imediatos das classes subalternas. Uma estratégia ou tática particular às formas jurídicas não podem estar dissociadas de um projeto hegemônico geral de transformação da sociedade. Ela deve ser parte constituinte, que, dependendo do contexto histórico nacional, pode assumir maior ou menor importância no processo de lutas sociais. Um esforço isolado de certos grupos ou mesmo de forma individual, para além do relevante valor quixotesco, levará a heroicas derrotas. Por isso, entre tantos impasses, é imprescindível dar um sotaque demasiado latino-americano a nossas produções, com o fim de compreender as estruturas de nossa forma jurídica periférica e formular uma relação orgânica entre teoria e práxis críticas marxistas ao direito sob pena deste equilíbrio catastrófico se arrastar extemporaneamente em nossa quadra histórica. (Soares, 2020, 16-17)

O “*equilíbrio catastrófico*” entre as atitudes teóricas reformistas e maximalistas se traduz, no diagnóstico de Pazello já reconstruído, em um dilema semelhante, ainda que este se valha de um tom mais elogioso e se comprometa com uma perspectiva mais otimista. Neste caso, em vez de um equilíbrio catastrófico entre dois tipos de críticas marxistas do direito, Pazello relembra que desde a virada do século a tradição marxista, adormecida no solo desértico do neoliberalismo, voltou a florescer, verdejante, ainda que entre dois céus incomunicáveis, incapazes de aprender uns com os outros, e, quiçá por isso, viciados por unilateralidades complementares, perfazendo “*um sugar mútuo de forças que o academicismo e o pragmatismo*” no âmbito da relação entre direito e marxismo.

Nas palavras do próprio autor:

Assim é que o visível florescimento dos estudos marxistas sobre o Direito, no Brasil dos anos 2000 em diante, se enraíza em um jardim suspenso. Tal como a lendária miragem babilônica, a beleza do campo do direito aparece como um jardim suspenso. Verdejante, mas paradisíaco. E por isso mesmo posto na encruzilhada de sobreviver e não padecer neste paraíso. Sua energia vital recebe a alimentação de dois firmamentos, a divindade das teorias fortes e a celestialidade das práticas valorosas. Entre dois céus flutua relação entre marxismo e direito. A tarefa agora, após cerca de duas décadas de suspensão, é realizar a suprassunção de tal jardim, quem sabe apontando para um projeto político coletivo (de tipo partidário, no sentido pleno da palavra) que lhe dê a seiva para além das nuvens cirriformes dos acadêmicos ou dos ventos alísios dos advogados. Ou seja, que passemos do jardim suspenso entre dois céus ao jardim suprassumido *por uma práxis organizativa de classe.*” (Pazello, 2021b, p. 81, *destaques meus*)

O interesse de Ricardo Prestes Pazello pelo debate jurídico soviético difere da abordagem que reconstruí com o auxílio da categoria “*niilismo constitucional*” em dois aspectos fundamentais. Crítico de toda as teorias jurídicas normativistas, se compartilha uma concepção relacional do direito fundada em E. Pachukanis, por outro lado, diagnostica uma “dupla especificidade” da forma jurídica na periferia do capitalismo, por isso utiliza a categoria “*forma jurídica dependente*”. *Por fim “[não] é possível criticar o direito ausentando-se de sua disputa específica*” (Pazello, 2014c, p.440), por isso a crítica do direito deve comprometer-se com o projeto político de uma sociedade emancipada, o que significa: a partir do presente, buscar as mediações necessárias para esta projeção de futuro. Apresenta a sua tese como uma tentativa de mediar *direito e movimentos populares* sob o signo da *insurgência*:

o grande objetivo da pesquisa é o de estudar a relação entre ‘direito e movimentos sociais’, tal como vem se consolidando como tema de pesquisa, a partir do pensamento crítico latino-americano e do marxismo, o temário em face do qual nos colocamos não é nem o direito nem os movimentos sociais separadamente, mas antes a sua *relação*. Daí a necessária conclusão que se pode tirar da leitura da tese: ela está construída sob o paradigma relacional (que, a nosso entender, é o que está presente na proposta de Marx e é incorporado pelas teorias críticas da América Latina). (Pazello, 2014c, p. 19, *destaques do original*)

3.1.3. A forma jurídica essencial e a fenomenologia dos seus momentos

Ao relacionar direito e movimento sociais, pretende refundar a crítica jurídica a partir de dois fundamentos, por um lado a crítica propõe uma dupla (re)fundação da crítica ao direito para suprassumir os dois céus divergentes logo após contribuições marxiano-engelsianas (Pazello, 2014c, p.130-207). O argumento da “*dupla refundação*” se tornará mais tangível após as reconstruções subsequentes, nominalmente: as contribuições de Lênin sobre o papel do direito e da constituição na preparação da Revolução (Pazello, 2014c, p.230-261); o debate

jurídico soviético sobre a forma jurídica no horizonte da transição ao comunismo (Pazello, 2014c, p.262-304). Os fundamentos da crítica marxista se explicitam: a articulação entre teoria e práxis exige a crítica resoluta à historicidade e inextricável imbricação com a forma-mercadoria, mas também exige o compromisso com um horizonte político emancipado, o que significa não só que, em contextos pós-revolucionários, é preciso se orientar pela tática de desuso do direito mediante compromissos políticos com este projeto político, mas também, em contextos pré-revolucionários como o latino-americano, demanda que reconheçamos no direito uma forma de mediação social objetivamente posta (Pazello, 2014c, p.). Porque objetivamente posto, os atores não têm escolhas senão usar o direito, e por isso mesmo não podem se furtar a pensar seu uso: este é o horizonte da insurgência. É necessário fazer o uso tático do direito para resistir em contextos nos quais a revolução não está na ordem do dia, mesmo porque, contextos revolucionários precisam ser construídos.

É na obra de Pachukanis, contudo, que a totalidade das relações sociais e jurídicas ganha definitivos contornos e permite uma profunda e complexa reformulação da explicação sobre o jurídico. As formas e os sentidos do direito indicam usos políticos deles, usos os quais, por sua vez, são refletidos pelos momentos da transição revolucionária. Sem nexos causais, todavia, pensamos aqui oferecer novas mediações para uma teoria crítica do direito marxista, em especial uma de extração pachukaniana. (Pazello, 2021a, p. 131)

Encontramos o debate jurídico soviético na obra de Pazello após um longo excuro sobre os sentidos do direito em Marx. É no amplo arco composto pelas extremidades de “*Sobre a Questão Judaica*” e “*Crítica do Programa de Gotha*”, mas sob o vértice d’*O Capital* que o autor nos oferece sua teoria crítica marxiana. No livro escrito em resposta ao homônimo de Bruno Bauer, encontramos um “pólo magnetizador” da interpretação da obra marxiana no Direito Insurgente. Tendo como pano de fundo a luta dos judeus por direitos políticos na Alemanha, Bauer alega serem “os direitos do homem” não inerentes ao homem, e sim “revelados” aos cristãos no século XVIII, e como os judeus não lutaram por eles, não os merecem a menos que se convertam em cristãos arremata Bauer (Pazello, 2021b, p. 91-92).

A negação determinada do argumento de B. Bauer em K. Marx situa-se na dialética entre declaração e constituição de direitos, na síntese de Pazello:

Marx, por sua vez, apresenta entendimento completamente contrário. Primeiro, rejeita a essencialização do debate teológico (necessária passagem do teísmo ao ateísmo). Em segundo lugar, mostra que a emancipação política (e sua luta por direitos) é uma emancipação insuficiente para resolver, inclusive, o problema dos judeus. E, por fim, coloca-se em oposição a não se garantir que os judeus tenham seus direitos reconhecidos ainda que não se desconvertem, como queria Bauer. Assim, a crítica de Marx é um apontamento das limitações da emancipação política que se expressa na linguagem dos direitos. O foco é o problema do estado; todavia, as

implicações são diretas para o sistema de direitos. (...) De nossa parte, entendemos que é o caso de extrair desta oposição os fundamentos da distinção entre direitos declarados e direitos constituídos, ou melhor, entre declaração de direitos e constituição de direitos. (Pazello, 2014c, p.177)

A vida dupla que o indivíduo, enquanto *Bourgeois* e *Citoyen*, leva, entre a sociedade civil e o estado, em função dos direitos políticos serem constituídos, enquanto os direitos civis já são efetivos, e são apenas declarados. No entanto, a emancipação política é a única possível “dentro da ordem (Pazello, 2021a, p. 98).

Em *Crítica do Programa de Gotha*, encontramos o segundo “pólo magnetizador”. O livro é uma crítica ao programa do partido socialista alemão de Ferdinand Lassalle, ao socialismo de estado.

Em duas páginas, Marx dá seu arremate sobre a problemática jurídica. Se antes a emancipação política se diferenciava da emancipação humana porque a linguagem da primeira se expressa por direitos, agora a sociedade comunista percebe que ‘todo direito’ é ‘um direito da desigualdade’. Não faz sentido apostar na regulação estatal, porque toda regulação estatal depende de ‘um padrão igual de medida’. (Pazello, 2021a, p. 101)

Desta forma, se a “*forma do direito*” é a forma da “*equivalência*” entre pessoas naturalmente desiguais, logo todo o direito é um direito da desigualdade porque apaga as distinções relevantes entre cada indivíduo. Disso não decorre que, após a revolução, o direito e o Estado desapareçam num passe de mágica. Nisto Marx antecipa Lênin: os homens são filhos de seu tempo e representam o mundo com as ideias que lhes foram inculcadas. Por algum tempo o Estado e seu direito permanecerão, e é durante essa fase que, conscientes da iniquidade ínsita ao direito nos regularemos pela fórmula: “de cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades” (Pazello, 2021a, p. 101).

No entanto, esses são momentos que balizam a leitura da proposta principal: encontrar os sentidos do direito n’ “O Capital”. Aqui, interessa-nos o vínculo estabelecido entre a teoria do valor e a forma jurídica.

O trabalho abstrato, sob o modo de produção capitalista, expressa a forma social do valor que aparece na superfície dos fenômenos sociais como valor de troca. É quanto uma troca se realiza entre pessoas individualizáveis que se pode estabelecer a gênese lógica do direito. Ainda que, historicamente, devemos acatar as indicações de existência de rudimentos jurídicos prévios ao capitalismo, é na sociedade guiada pela troca mercantil que o direito se realiza em sua especificidade. Portanto, o valor, essência das relações sociais burguesas, arrasta consigo um nível jurídico que se mostra fenomenicamente a partir da relação voluntária de troca de mercadorias. O parágrafo citado acima, em que Marx inicia seu capítulo II de O Capital, denota justamente isto. O direito, assim, não pode ser visto como fenômeno universal, até porque destoa rasgadamente de todas as indicações não particulares das quais Marx faz uso, nomeadamente, o trabalho concreto e o valor de uso. Estamos, portanto,

diante de uma chave-mestra para entender o significado do direito a partir da crítica da economia política, do modo de produção capitalista e da teoria do valor. (Pazello, 2021a, p. 58)

Não é despreciando repisar “O direito, assim, não pode ser visto como fenômeno universal”, nisto consiste o argumento de Pazello. As formas jurídicas são sempre formas particulares, porque são funcionalizadas pelo Capital no caminho da sua produção: não são criações *ex nihil* de um *Deus ex machina*, são relações sociais particulares refuncionalizadas pelo capital para a sua reprodução. Por isso também a passagem da fórmula da circulação simples, da forma-mercadoria “M-D-M” à fórmula da circulação típica da forma-dinheiro D-M-D é um momento especificamente importante.

Ainda que não devamos fazer uma leitura radicalmente linear entre a forma direta de circulação e o valor de uso, por um lado, e a forma diferenciada e o valor de troca, por outro, a problemática adquire nova importância ao sublinhar-se que ‘o dinheiro constitui o ponto de partida e o ponto de chegada do movimento’, conformando-se não mais uma circulação simples, mas a circulação do dinheiro como capital. É, portanto, neste movimento que passamos a encontrar com mais desprendimento, mesmo eu como coadjuvante, o direito [e não a forma jurídica!] na sua especificidade. (Pazello, 2021a, p. 61-62)

É que na passagem da forma-mercadoria para a forma-dinheiro, o direito conjugado com a segunda transformação da mercadoria em dinheiro (M-D), permite a autonomização do dinheiro (Pazello, 2021a, p. 64). O dinheiro pode se traduzir em dinheiro, pois em que pese o dinheiro seja um equivalente universal em (M-D-M), que dizer se entro em uma corretora de investimentos e compro um papel com tudo o que tenho? O princípio fundamental do direito cambiário é o princípio da abstração: a obrigação original, um depósito bancário por exemplo, é juridicamente autônoma frente ao Certificado de Depósito Bancário gerado a partir deste. Ainda que, na realidade efetiva, não seja. Em termos: “a mercadoria do vendedor circula, mas realiza seu preço sob a forma de um título de crédito de direito privado” (Marx, 2017, p. 115)

A crítica da economia política é a explicação, em todos os seus momentos e determinações, da lei do valor. Por outro lado, descobrimos um vínculo entre a lei do valor e o direito de propriedade.

Com o primado do jurídico de que a relação de compra-e-venda da mercadoria ‘força de trabalho’ dá ao comprador (capitalista) o valor de uso desta durante um tempo determinado, Marx começa observando que está aí ‘o direito de fazer o trabalhador trabalhar para ele’. De onde vem este ‘direito’?

(...)

Pois bem, o direito ao valor de uso, por parte do capitalista-comprador, tem uma codificação própria [legalidade], baseada na pertinente analogia de que ‘o capital é trabalho morto, que apenas se reanima à maneira dos vampiros, chupando trabalho vivo e que vive tanto mais quanto mais trabalho vivo chupa’. Trata-se da legalidade que garante a existência aos vampiros. Toda e qualquer resistência a entrega de sangue

significa um crime dentro desta legalidade: ‘o tempo durante o qual o trabalhador trabalha é o tempo durante o qual o capitalista consome a força de trabalho que comprou, se o trabalhador consome seu tempo disponível para si, então rouba ao capitalista’. Daí permanecer a pergunta ante uma concepção instrumental do direito: como pode o mundo dos mortos regular o mundo dos vivos? (Pazello, 2021b, p. 66-67)

A resposta é: da perspectiva do capital, por meio do trabalho alienado mantém-se a contínua extração de mais-valor que devolve a vida ao trabalho morto. No entanto, se, com Pazello, assumirmos a dimensão fundamental da insurgência a partir da constelação: trabalho-fonte, luta, organização e conscientização, então o trabalho vivo, não alienado, só pode estar para além (*aná-*) da totalidade reificada do composta pelo capital e pelo trabalho-para-o-capital, isto é, o trabalho alienado, fundamento da propriedade privada. Se bem a perspectiva adotada por Marx n’*O Capital* seja notoriamente *ontonegativa*, na medida em que reconstrói as categorias fundamentais da sociedade capitalista burguesa, ou seja, é crítica da lei do valor na medida em que a explica em termos categoricamente exatos, não há nenhum julgamento moral quanto à relação de exploração perpetrada pelo capital contra o trabalho. Retomando, se do ponto de vista do capital o processo de autovalorização do valor envolve a geração de mais-valor, da perspectiva do trabalho, o “enigma” da troca de equivalentes no mercado – força de trabalho vendida por uma quantidade fixa de horas ao dia em troca de salário – aparece ao trabalhador como a pressão pela produção de “mais-trabalho” pelo qual, naturalmente, não recebe. Essa é legalidade da troca econômica, por sua vez esta é o fundamento da relação jurídica, que por sua vez é a essência da forma jurídica. Chegamos à tipologia dos sentidos de direito em Marx, são 6.

É preciso advertir para a perspectiva da *totalidade*, assumida por Ricardo Pazello em diálogo com *Kosik* e *Dussel* (Pazello, 2021a, p. 36-41), ela impõe a *passagem* da *aparência* à *essência*. No entanto, os “*momentos da forma jurídica*”, inicialmente mapeados como “*sentidos do direito*” são efetivos, na medida em que integram o processo de desenvolvimento histórico das relações jurídicas capitalistas, o que ganha ainda mais relevância na medida em que o Direito Insurgente propõe também uma sociologia dos movimentos sociais e, para mediar essa proposta, busca n’*O Capital* também uma *sociologia do direito* fundada nos sentidos 2 e 3 (Pazello, 2021a, p. 52).

Tudo isto está no parágrafo inicial do capítulo II [do primeiro volume d’*O Capital*]. Pois bem, e repetindo o que já citamos, ‘essa relação jurídica cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade em que se reflete a relação econômica’. De pronto podemos observar que o que interessa a Marx, neste ponto, é a configuração relacional do direito, o que dizer que o aspecto normativo tem menor importância para caracterizá-lo e, sendo assim, direito é uma relação social mais do

que uma norma legal, ou até mesmo costumeira. [...] Marx nos permite entender o direito sob estes quadrantes e nos proporciona, com lastro na crítica às descrições econômicas que se baseiam em relações entre coisas, compreender o direito como operação que iguala os sujeitos cambiantes em sua sujeição jurídica formal, ou seja, como ‘personificações das relações econômicas’. (Pazello, 2021a, p. 60)

A “*legalidade*” é o segundo sentido do direito n’O Capital, ou antes, “direito como legislação e aparelho legislativo” (Pazello, 2021a, p. 51). As normas jurídicas produzidas na qualidade de provimentos jurisdicionais destinados a encerrar processos judiciais constituem o terceiro sentido, ou antes, “[o] direito como sistema judiciário estatal” (Pazello, 2021a, p.51). Os princípios do direito destinados à aproximação do direito da ideia de justiça constituem o quarto sentido de direito, ainda que empregados “geralmente, em sentido negativo, quer dizer, de injustiça” (Pazello, 2021a, p. 51). As referências às “leis científicas ou ideológicas, naturais ou sociais” constituem o quinto sentido de direito (Pazello, 2021a, p. 51). Finalmente, o sexto e último sentido se subsume à “regularidade e à normalidade” em todos os seus sentidos (Pazello, 2021a, p. 51). Em que pese os sentidos 5 e 6, isto é, a referência a leis científicas e ideológicas e à referência à regularidade e normalidade de processos sociais não constituem acepções jurídicas propriamente ditas, a bem da completude do mapeamento, foram arrolados. Por outro lado, a “sociologia da legislação fabril” da qual extrai o conceito de “duplo caráter da lei” é mapeada exatamente graças ao reconhecimento dessa pluralidade de sentidos assumida pelo direito, nomeadamente os sentidos 2 e 3 (Pazello, 2021a, p. 72-73).

A categoria de “*dupla função da lei*” explica como o mesmo fenômeno, a promulgação das leis fabris inglesas, pôde produzir resultados paradoxais. É que, na medida em que o capital “não tem a menor consideração pela saúde do trabalhador”, os trabalhadores enquanto a própria “sociedade ameaçada em suas raízes vitais” reivindicam direitos dentro da ordem, utilizando o direito para garantir uma jornada reduzida de trabalho. No entanto, pressionado por uma redução na extração do “mais-valor absoluto”, há uma tendência de queda nas taxas de lucro. Do ponto de vista do Capital, essa medida aparece como um remédio amargo tanto para permitir a reprodução da força de trabalho – submetido à sua própria legalidade, o capital destruiria a força de trabalho que vampiriza -, quanto para catalisar processos de inovação tecnológica que resultem na elevação da participação do capital fixo na razão fixada na composição orgânica do capital. Logo, por meio da reprodução ampliada do capital e da extração de mais-valor relativo, o Capital tenta compensar os limites que lhe foram impostos. (Pazello, 2021a, p. 78)

Este fenômeno será inda mais relevante quando nos confrontarmos com o problema do “*uso tático do direito*” proposto pelo Direito Insurgente. A interpretação do problema das legislações fabris em O Capital pode ser resumida no seguinte trecho: “O fato de a extensiva

utilização do sentido 2 de direito, na obra de Marx, não obstrui a compreensão de que a luta pela regulação legal da exploração da força de trabalho é *funcional* às relações sociais capitalistas” (Pazello, 2021a, p. 77, *destaques meus*). Assumir que a luta dos trabalhadores pela regulamentação das relações entre capital e trabalho seja *funcional* às relações sociais capitalistas é, primeiro, uma consequência da premissa assumida em sua tese de doutorado, qual seja, lutas por direito são legítimas na medida em que representam um uso tático do direito por parte da classe trabalhadora, algo que, do ponto de vista de uma teoria da ação, apela à perspectiva da *ação estratégica*. Ato contínuo, é sintomático que o autor reduza a sua rigorosa investigação à procura pelos *sentidos de direito* em Marx e em Pachukanis, posteriormente: explica-o, contudo, a ausência da pergunta pelos *sentidos do direito*. No entanto, assumindo as implicações em termos de teoria da ação, a perspectiva ação estratégica pressupõe não tanto uma termos de teoria da organização política, mas sim *um conceito de racionalidade*. Desta forma, torna-se logicamente necessário ao teórico que pressupõe a perspectiva da ação estratégica, um conceito de “racionalidade estratégica”. No entanto, se for assim, necessariamente cairemos nas aporias da crítica da reificação do Lukács de “História e Consciência de Classe”, e só poderíamos legitimar teoricamente a organização da ação revolucionária.

Nada obstante, a contribuição elementar do Direito Insurgente é a legitimação da ação (dos usos do direito) em contextos não revolucionários (Habermas, 1983, p.345-365). Então, se o que se pretende é assumir um conceito de “racionalidade estratégica” do ponto de vista do uso do direito, inscreve-se implicitamente no Direito Insurgente o ônus de fundamentar um conceito de racionalidade comunicativa, sob pena de não explicar como é possível o uso tático do direito. Explico. Quem age estrategicamente, ao proferir um ato de fala *Mp*, em primeiro lugar antecipa as condições de validade do ato de fala, isto é, as condições nas quais os fins ilocutórios do ato de fala serão atingidos (*M*). Esses fins serão atingidos se o destinatário do ato de fala *Mp* compreender o conteúdo proposicional (*p*) do ato de fala, e o fim ilocutório perseguido através do ato de fala (*M*) (Habermas, 1984, p.328-337). Ainda que nosso a gente não esteja interessado imediatamente no estado de coisas promovido por *Mp*, mas nos efeitos perlocutórios desse ato de fala, isto é, os efeitos colaterais do mesmo, se desde o princípio o seu destinatário não o levasse a sério, seria impossível atingir seus objetivos *mediante* o proferimento (Habermas, 1984, p.386-399). Por essas razões, espero esclarecer que a racionalidade estratégica é parasitária à racionalidade comunicativa, só existe na medida em que levo *o sentido interno às relações sociais*, ainda que se trate somente de uma conversa casual, a sério. Por conseguinte, a viabilidade do uso tático do direito pressupõe logicamente a

existência de uma comunidade de princípios que já acordou reger sua convivência de modo legítimo com os meios do direito. Fazer tábula rasa dessas implicações torna todo o argumento de Ricardo Prestes Pazello uma simples *petição de princípio*, sintomaticamente confessada em sua leitura funcionalista da história do direito, particularmente da história social da legislação fabril na Inglaterra.

3.1.4. *O uso revolucionário do direito na transição ao comunismo: uma leitura particular de E. Pachukanis.*

O debate jurídico soviético deve ser contextualizado: trata-se de um debate pós-revolucionário, ainda que a URSS não tenha atingido, para E. Pachukanis, sequer a “fase inferior da sociedade comunista”, nos dizeres de Lênin, quando mais o estágio superior, “comunista”, da “transição revolucionária”. Surpreendemos outro ponto relevante: a revolução não era, para estes teóricos que a viveram, um evento singular e acabado, era um processo histórico em curso. De qualquer forma, o fio condutor da reconstrução da contribuição do debate entre E. Pachukanis e P. Stutchka subsumida pelo direito insurgente será tratada colocando levando em consideração a relação entre “direito” e “transição” (Pazello, 2021a, p.230)

É na “*Crítica do programa de Gotha*” que encontramos a formulação clássica do “problema da transição” no que toca ao Estado:

No entanto, os diferentes Estados dos diferentes países civilizados, apesar de suas variadas configurações, têm em comum o fato de estarem assentados sobre o solo da moderna sociedade burguesa, mais ou menos desenvolvida em termos capitalistas. É o que confere a eles certas características comuns essenciais. Nesse sentido, pode-se falar em ‘atual ordenamento estatal’ em contraste com o futuro, quando sua raiz atual, a sociedade burguesa, tiver desaparecido. Pergunta-se por que transformações passará o ordenamento estatal numa sociedade comunista? Em outras palavras, quais funções sociais, análogas às atuais funções estatais nela permencerão? Essa pergunta só pode ser respondida de modo científico, e não é associando de mil maneiras diferentes a palavra povo à palavra Estado que se avançará um pulo de pulga na solução do problema. Entre a sociedade capitalista e a comunista, situa-se o período da transformação revolucionária de uma na outra. A ele corresponde também um período político de transição, cujo Estado não pode ser senão a ditadura revolucionária do proletariado. (Marx, 2012, p.42-43)

E no que toca ao fenômeno jurídico:

Mas essas distorções são inevitáveis na primeira fase da sociedade comunista, tal como ela surge, depois de um longo trabalho de parto, da sociedade capitalista. O direito nunca pode ultrapassar a forma econômica e o desenvolvimento cultural, por ela condicionado, da sociedade. Num fase superior da sociedade comunista, quando tiver sido eliminada a subordinação escravizadora dos indivíduos à divisão do trabalho e, com ela, a oposição entre trabalho intelectual e manual; quando o trabalho tiver deixado de ser mero meio de vida e tiver se tornado a primeira necessidade vital;

quando, juntamente com o desenvolvimento multifacetado dos indivíduos, [as] forças produtivas também tiverem crescido e todas as fontes da riqueza coletiva jorrarem em abundância, apenas então o estreito horizonte jurídico burguês poderá ser plenamente superado e a sociedade poderá escrever em sua bandeira: ‘de cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades!’ (Marx, 2012, p. 31-32)

Portanto, o “período da transição” se situa entre a sociedade comunista do futuro, e a sociedade capitalista do pré-revolucionária. É um período pós-revolucionário, mas deve ser interpretado como um processo de longa revolução de longa duração que já iniciado. Nele os homens continuam a regular a sua vida em comum com o direito e o Estado subsiste, ainda que tomado pelo proletariado, trata-se de implementar a “forma política” da “ditadura do proletariado”, visualizada por Marx na Comuna de Paris:

Tal é a Comuna – a forma política da emancipação social, da libertação do trabalho da usurpação dos monopolistas meios do trabalho, sejam estes meios criados pelos próprios trabalhadores ou dados pela natureza. Assim como a máquina e o parlamentarismo estatal não são a vida real das classes dominantes, mas apenas os órgãos gerais organizados de sua dominação – as garantias, formas e expressões políticas da velha ordem das coisas -, assim também a Comuna não consiste no movimento social da classe trabalhadora e, portanto, no movimento de uma regeneração geral do gênero humano, mas sim nos meios organizados de ação. A Comuna não elimina a luta de classes, através da qual as classes trabalhadoras realizam a abolição de todas as classes e, portanto, de toda [dominação de] classe (porque ela não representa um interesse particular, mas a liberação do ‘trabalho’, isto é, a condição fundamental e natural da vida individual e social que apenas mediante usurpação, fraude e controles artificiais pode ser exercida por poucos sobre a maioria), mas ela fornece o meio racional em que essa luta de classes pode percorrer suas diferentes fases da maneira mais racional e humana possível. Ela pode provocar violentas reações e revoluções igualmente violentas. Ela inaugura a emancipação do trabalho – seu grande objetivo -, por um lado, ao remover a obra improdutivo e danosa dos parasitas estatais, cortando a fonte que sacrifica uma imensa porção da produção nacional para alimentar o monstro estatal, e, por outro lado, ao realizar o verdadeiro trabalho de administração, local e nacional, por salários de operários. Ela dá início, portanto, a uma imensa economia, a uma reforma econômica, assim como a uma transformação política. (Marx, 2011, p. 131)

Esta não elimina a luta de classes, não permite a emancipação total do gênero humano, tudo isso Marx o disse acima. No entanto, ela é a forma política historicamente encontrada para a implementação das transformações revolucionárias da sociedade burguesa em direção ao socialismo. Após completar sua missão histórica, o Estado e o direito devem extinguir-se. Para Stutchka, assim como para Marx, Pachukanis e Lênin, o direito deveria desaparecer na sociedade comunista, no entanto, “em todas as épocas de transição” o direito tinha um importante papel como “propulsor da história, realçando seu posto de guardião dos interesses da classe dominante” (Pazello, 2021a, p.231). Para Pachukanis, ao contrário, ultrapassada a “fase inferior da sociedade comunista”, “o [grande papel do direito] é desfazer-se” (Pazello,

2021a, p.231, na transição à sociedade comunista os revolucionários devem catalisar o processo de definimento da forma jurídica.

No entanto, pondera Pachukanis,

Sendo uma relação social específica, sua particularidade encontra-se no fato de que o direito permite a equivalência entre sujeitos, os quais, abstraídos de sua natureza concreta e tornados abstratos (sujeitos de direito), representam a possibilidade de circulação de mercadorias sem constrangimento a esse tipo de intersubjetividade. Desse modo, defendia a ideia de que ‘enquanto a tarefa da construção de uma economia planificada única não estiver resolvida’, a forma jurídica subsistirá e a transição revolucionária comprova a existência dessa continuidade: ‘empresas e grupos de empresas’, ‘propriedade privada dos meios de produção na pequena economia rural e artesanal’, enfim, o ‘vínculo de mercado’. (Pazello 2021a, p. 232)

Por isso, para Pazello (2021a, p.233-234) Pachukanis defende um “uso revolucionário” do direito na longa transição ao comunismo, no entanto, só poderão atingir as finalidades revolucionárias através das “formas herdadas da sociedade burguesa” tais como moral, direito e estado, se a utilizarem no seu próprio interesse. No entanto, Pazello não esclarece em que consiste este uso revolucionário a contento.

A relação jurídica não pressupõe por sua própria ‘natureza’ um estado de paz, assim como o comércio, a princípio, não exclui o assalto à mão armada, mas anda de mãos dadas com ele. Direito e arbítrio – conceitos que poderiam parecer opostos – estão, na verdade, estreitamente ligados. (...) Não há nada de paradoxal nisso, pois o direito, assim como a troca, é um meio de ligação entre elementos dissociados. O grau dessa dissociação pode ser, historicamente, maior ou menor, mas jamais desaparecerá por completo. Assim, por exemplo, as empresas do Estado soviético executam, de fato, uma única tarefa, mas, ao trabalhar com o método de mercado, cada uma delas tem seu interesse particular, opondo-se umas às outras como compradoras e vendedoras, agindo por sua conta e risco, e, por isso, devem necessariamente se encontrar em uma *relação jurídica*. A vitória final da economia planificada as colocará em uma ligação recíproca exclusivamente técnica, eliminando delas a ‘personalidade jurídica’. Conseqüentemente, se as relações jurídicas nos são apresentadas como relações organizadas e reguladas, indentificando, dessa maneira, o direito com a ordem jurídica, perde-se de vista que, na verdade, a ordem é apenas uma tendência a um resultado (além do mais, longe da perfeição), mas nunca o ponto de partida, nem o pressuposto da relação jurídica. (Pachukanis, 2017b, p. 139-140)

O problema da “*utilização revolucionária do direito*” em Pachukanis, problema proposto por Pazello, é o problema da diferença entre “*normas técnicas*” e “*normas jurídicas*”, de um direito que, despido da oposição entre interesses privado, não é mais uma *relação jurídica*. Cabe ao Estado, em Pachukanis, a missão de implementar uma Economia Planificada por meio da regulação estritamente técnica da economia. O erro de Pazello está em procurar a resposta para a pergunta que inicia este parágrafo no capítulo 4 de *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, quando na realidade ela deve ser respondida através da argumentação desenvolvida pelo autor soviético no capítulo 5 sobre “Direito e Estado”. Preciso revirar o invólucro da

questão para a encontrar nos termos adequados: trata-se do problema da “utilização reacionária do direito”, ironicamente próxima dos diagnósticos frankfurtianos de um “capitalismo de estado” e de uma “sociedade administrada”. Neste trabalho não posso me ocupar detidamente deste problema, no entanto, há uma interessante pesquisa em curso no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, de autoria de Henrique Pereira de Queiroz, que se ocupa também deste aspecto do problema.

O problema parece não ter ocorrido a Pazello exatamente em função do *déficit em termos de teoria da ação* que já foi apontado nesta seção. Não obstante as críticas que lhe possam ser feitas, como Pazello pretende subsumir o espólio do debate jurídico soviético? Primeiramente, mediante a admissão do uso revolucionário do direito na transição ao comunismo. No entanto, o crivo geopolítico do Direito Insurgente exige que contextualizemos o cenário brasileiro e latino-americano: trata-se de um cenário de “guerra civil latente” na sociedade civil, pré-revolucionário e forma alguma na iminência de movimentos revolucionários. A resposta a este problema será explorada na próxima subseção, no entanto, a sua interpretação de Pachukanis deve é a condição de possibilidade para tal.

Segundo o autor paranaense,

Pachukanis é o primeiro marxista do século XX a, rigorosamente encontrar o direito n’O Capital, ou seja, percebendo-o como forma fundada nas relações econômicas (como queria Stutchka), mas com sua especificidade, *assim como tendo de ser visto em sua totalidade, o que implica notar suas formas complementares*. (Pazello, 2021a, p. 210, destaques meus)

Às conclusões corretas, mas típicas, segundo as quais Pachukanis deriva sua interpretação de O Capital, percebendo-o como forma fundada nas relações econômicas, no entanto, diferenciando-se de Stutchka por apontar-lhe a especificidade frente às demais formas sociais, isto é, o direito é uma relação jurídica cujo conteúdo é a equivalência. A forma jurídica fundante é a relação econômica entre proprietários de mercadoria, a forma jurídica essencial é a relação jurídica entre proprietários de mercadoria, o contrato (Pazello, 2021a, p.211). No entanto, Pazello extravasa a tradição pachukaniana paulista ao considerar uma espécie de “fenomenologia dos momentos da forma jurídica”, para isso contornando polêmicas, afasta a leitura derivacionista de Alysson Mascaro (Pazello, 2021a, p. 211-212).

O primeiro momento da forma jurídica é o “momento legal”. A “forma legal” é subsidiária à relação jurídica, trata-se de um *momento aparente*. Conquanto o direito não seja primordialmente norma jurídica ou lei, ele também o é, desde que “o aspecto normativo não [seja] meramente técnico, mas [tenha] seu núcleo sólido no direito privado” (Pazello, 2021a, p.

218). Logo, o que o legislador produz é uma espécie de “projeto jurídico” que só se torna efetivo se se efetivar nas relações jurídicas de direito privado. O essencial, como em Pachukanis, não é a produção do direito estatal, mas a sua entronização na sociedade civil (Pazello, 2021a, p.221).

O segundo momento da forma jurídica é o “momento judicial”. A “forma judicial” é subsidiária à relação jurídica, trata-se também de um *momento aparente*. É abordada por Pachukanis no seu capítulo sobre “Direito e Violação do Direito”, isto é, ao tratar sobre o Direito Penal (Pazello, 2021a, p. 222). As *formas legal e judicial* são complementares à “*relação jurídica*”, na medida em que com estes três momentos (essencial, aparente-legal, aparente-judicial) “chega-se à totalidade dos momentos constitutivos do direito em geral” (Pazello, 2021a, p.222), ou seja, se a forma jurídica tem por conteúdo as relações de troca, ela se realiza apenas nos processos judiciais (Pazello 2021a, p.222).

Esta ‘realização’, tal como o capital se realiza nas sucessivas passagens das esferas da produção para a circulação, implica a percepção de que se há necessidade de leis para assegurar as relações jurídicas, elas precisam ser *rigorosamente interpretadas* e sistematicamente abordadas no judiciário: ‘é necessário, por isso, recorrer a critérios precisos, a leis e a rigorosas interpretações de leis, a uma casuística, a tribunais e à execução coativa das decisões judiciais’. Aqui Pachukanis, critica as teorias que tomam o direito, ou melhor, a forma jurídica, como ‘pura ideologia’ e que se socorrem apenas das ‘formas de consciência’ para explicá-lo. Seja porque não entendem as características materiais da ideologia, seja porque acreditam ser o direito pura ficção, não conseguem explicar seus caracteres mais básicos. Uma teoria, assim, mesmo que se pretendendo crítica é desnecessária (Pazello, 2021a, p. 222, *destaques meus*)

Além disso, é na “forma judicial” que o “momento jurídico” se autonomiza, deslocando o liame da relação jurídica frente à relação econômica: Pazello tem a clareza que “O processo judicial como litígio entre sujeitos com interesses opostos permite a autonomia da relação jurídica em face da relação econômica” (Pazello, 2021a, p.223) e que a práxis se vê condicionada por regras imanentes ao próprio direito, pois “para intervir no ‘momento autônomo’ do direito, como de fato é o judicial, há que se compreender suas condicionantes centrais’ (Pazello, 2021a, p.223). *Minha hipótese* de que há um *déficit* em termos de *teoria da ação* (um *déficit sociológico*, portanto) no Direito Insurgente neste momento: na medida em que não tensiona a forma jurídica, *internamente*, porque não vislumbra na forma jurídica outro conteúdo que o reflexo da relação estabelecida entre proprietários de mercadorias, não pode explicar a perspectiva a partir da qual os indivíduos podem *interpretar o direito* adequadamente – o que constrange o Direito Insurgente agora é que nem mesmo a gramática constitutiva do “momento judicial” pode ser compreendida pelos agentes, então de que forma eles poderiam atuar nos processos? De que forma poderiam ser estratégicos?

O terceiro momento da forma jurídica é o “momento moral”. A forma moral é uma “forma transitiva”, pois em que pese não seja jurídica, é a “forma essencial explicitamente fundada na forma fundante” (Pazello, 2021a, p.224), o que significa, é a fundamentação da ontologia ordem capitalista vigente: é por meio dessa forma moral que, na realidade efetiva, constantemente a relação jurídica se medeia com a relação econômica, garantindo que o vínculo categorial entre ambas seja também um vínculo real. Há uma relação de sobreposição entre forma jurídica e forma moral, ou antes, entre sujeito de direito e sujeito moral, lida da seguinte maneira:

Se na esfera econômica, em que o sujeito se guia pelo cálculo econômico, vige o princípio do egoísmo, na esfera jurídica prevalece o princípio da igualdade, pautado pela titularidade de direitos, com base em decisão autônoma e na vontade, enquanto, na esfera moral, a encarnação do princípio da igualdade se desdobra no princípio do valor supremo da pessoa. Três caracterizações dos sujeitos, mas a expressão de uma só relação social: ‘três máscaras fundamentais utilizadas pelo homem da sociedade de produção mercantil. (Pazello, 2021a, p. 225-226)

A ultrapassagem do horizonte burguês implicará a superação de uma moral fundada no estreito dever-se abstrato, enfim, a superação do homem moral em benefício do homem social do futuro, alicerçado na coletividade para quem o tratamento igualitário não é um dever abstrato, mas uma satisfação efetiva, no entanto, essa vitória é necessariamente uma tarefa prática (Pazello, 2021a, p.226). Certamente, esta leitura da relação entre direito e moral inspira-se na tese de Celso Naoto Kashiura Jr, integrante do polo paulista da crítica marxista do direito (Kashiura Jr., 2014). O quarto momento da forma jurídica é o “momento privado”. A “forma privada” é a segunda “*forma transitiva do direito*”, trata-se do momento de regulação privada adotado internamente aos estabelecimentos empresariais para regular a atividade empresarial (2021a, p.227). Como em sua leitura a “forma da autonomia privada subjetiva”, ou antes, a “forma da subjetividade jurídica” é o núcleo da relação jurídica, trata-se de um desdobramento da forma essencial frequentemente negligenciado pelos juristas, inclusive consolidou-se antes como um objeto da ciência da administração (Pazello, 2021a, p.227). Este momento intermediário entre a legislação estatal e a relação econômica constitui-se na regulação privada, exercida mediante órgãos de poder paralelo ao estado mantidos pelos capitalistas de forma legal ou ilegal, incluem-se dentre elas não só as regras internas ao estabelecimento, mas também as centrais sindicais patronais, as organizações ilegais de *lock-outs* e etc. Interessa-nos ressaltar o caráter jurídico da forma privada, na medida em que as teorias normativistas negam-lhe este estatuto (Pazello, 2021a, p.228). forma de cujo estudo se eximiu a ciência jurídica, relegando-a à “ciência da administração”, argumenta Pazello (2021a, p. 227).

Em que pese a riqueza da “fenomenologia dos momentos da forma jurídica”, interessamos a conclusão de Pazello:

Como as relações sociais não se limitam às relações jurídicas abstratas entre proprietários de mercadorias abstratas, faz-se premente tomar consciência dos possíveis usos do direito no cerne de tais relações. Ainda que geneticamente vinculado à forma mercantil, taticamente pode apresentar-se como arma na luta de classes, ainda que quanto mais encarnçada esta luta, menos imparcial e garantista apresenta-se o direito. (Pazello, 2021a, p. 229)

3.1.5. A Engenharia do Marxismo Jurídico e o Resgate da Crítica Marxista ao Direito

O Direito Insurgente pretende ser uma alternativa ao “equilíbrio catastrófico”, contudo *pretende suprassumir os avanços da tradição marxista*. Para isso é necessário voltar à *cena inicial*: os escombros da crítica “são o soterramento pela incapacidade de analisar as relações sociais burguesas e uma destas relações em particular, a jurídica.” (Pazello, 2014c, p. 429). É a formulação de uma crítica relacional ao direito, de matriz pachukaniana, que fornece o ponto de partida interno ao próprio marxismo brasileiro para o estabelecimento das mediações necessárias. A referência é, simultaneamente, a obra de Márcio Bilharinho Naves e a obra de Alysson Leandro Mascaro. Portanto, determinadas contribuições do polo paulista de estudos em “Direito e Marxismo” fornecerão o que Pazello denominará de “engenharia do marxismo jurídico” para promover o resgate do potencial crítico da tradição marxista.

O “privilégio é dado a formulações que explicitem, sem confusões, o significado do direito como algo imanente ao sistema de relações sociais capitalistas. Portanto a perspectiva pachukaniana é a pedra de toque” (Pazello, 2014c, p.431). Particularmente, interessa-lhe a obra de Márcio Bilharinho Naves pela difusão da interpretação pachukaniana do capital enquanto relação social de produção da sociedade burguesa, isto é, capital e valor “não [são] cômicos, pois relacionais” (Pazello, 2014c, p. 431). Em segundo lugar, o fenômeno jurídico é histórico-relacional, particularmente conectado com as relações burguesas de produção e circulação (Pazello, 2014c, p.431), por isso o direito constitui o homem enquanto proprietário que se conduz até o mercado, ou seja, coloca a sua força de trabalho à disposição do burguês como uma mercadoria, em síntese, o direito enseja a própria forma “sujeito de direito” (Pazello, 20214c, p. 431). Logo, é evidente que apesar do uso criativo de E. Pachukanis, também R. P. Pazello destaca a categoria de “sujeito de direito” como fulcral¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Concordando com David Gomes, esta interpretação não me parece a mais adequada. (Gomes, 2019a).

A forma da relação de troca, cujo conteúdo é a relação econômica, pressupõe a categoria de “pessoa”, categoria análoga para Naves e Pazello à categoria de “sujeito”. Isso posto,

A forma-sujeito se constitui não apenas para que seja possível a instalação de um circuito de trocas mercantis em geral, mas, especificamente, para que possa circular uma mercadoria especial, histórica, e socialmente determinada que é a mercadoria força de trabalho. Para que o homem converta sua capacidade trabalho em mercadoria da qual ele próprio pode dispor por um tempo pré-definido, é preciso que a subjetividade humana adquira uma determinada composição, uma forma específica irreduzível, enfim, é preciso que ela seja organizada de modo a que o homem possa vender a si mesmo, sem que, ao entregar a mercadoria pela qual recebeu um equivalente, deixe de preservar os atributos de sua personalidade. O homem, agora, precisa ser livre, isto é, dotado de uma autonomia da vontade que o habilite para o exercício dos atos da vida civil; precisa ser igual a todos os outros homens, isto é, deve ser desprovido de qualquer ‘qualidade’ que o distinga de outro homem, de modo que a relação entre eles seja uma relação de troca de equivalentes. São essas as condições que permitem que o homem possa a um só tempo ser sujeito e objeto do direito (...). (Naves in Pachukanis, 2017a, p. 16)

Se nesse processo em que o homem se apresenta como um “equivalente vivo, pondo a nu as pretensões da ideologia jurídica de encontrar inscrita na natureza do homem uma dignidade essencial” (Naves in Pachukanis, 2017a, p. 17) constitui o sujeito de direito é formalmente subsumido ao capital, contudo “a *especificidade histórica* da forma jurídica é dada em vista de sua determinação em última instância por relações de produção especificamente capitalistas, correspondentes à subsunção real do trabalho ao capital (Naves et Kashiura Jr., p111). Assim, por exemplo, tentativa de suprimir as relações jurídicas de propriedade por decreto, por exemplo, atinge a subsunção formal do trabalho ao capital. Não obstante, não é capaz de suprimir a subsunção real do trabalho ao capital, pois, por um lado, o trabalho alienado é o fundamento da propriedade privada, e por outro lado, a forma jurídica essencial, é a relação de equivalência impregnada na sociabilidade burguesa. Por todas essas razões, o horizonte de uma sociedade comunista é o horizonte do fenecimento da forma jurídica em geral e do Estado.

A última peça da “engenharia do marxismo brasileiro” são as contribuições de Alysson L. Mascaro. Primeiro, Mascaro se apropria do legado de Naves ao derivar a forma jurídica da forma mercadoria e o leva adiante, ao propor uma Teoria Derivacionista do Estado (2013) na qual o Estado é uma forma política que só se realiza na Modernidade na medida em que se faz derivar também da forma-mercadoria. A relação entre forma-política e forma-jurídica é de conformação ou derivação secundária. Como a legalidade é o ponto de entroncamento entre forma política e forma jurídica (2013), ou ainda, entre normas jurídicas e forma jurídica (2019), o autor traça uma genealogia da legalidade como se expôs na seção anterior. Em segundo lugar, é ainda mais caro a Ricardo P. Pazello que Alysson L. Mascaro diagnostique uma “evolução peculiar da legalidade” entre nós, produzindo a princípio uma “legalidade instrumentalizada”,

na medida em que o direito era sim um direito funcionalizado à ordenação do território e à coleta de tributos em benefício da Coroa Portuguesa, enquanto as relações entre privados eram deixadas às margens da regulação oficial (Mascaro, 2019). No curso da nossa história, em função da “peculiaridade da exploração periférica”, produz-se uma “peculiar evolução da legalidade” (Pazello, 2014c, p. 437-438). É a partir dessa formulação que Pazello se pergunta sobre a possível “dupla especificidade do direito periférico”. Considerando que a primeira especificidade do direito é ser relação social cujo conteúdo reflete a relação de trocas entre proprietários

Se o pôr-em-crise do marxismo é autoevidente nesta corrente crítica e se o problema do critérios dos movimentos populares surge, de alguma forma, na elaboração de Márcio Naves (como o problema da luta social e a rejeição do horizonte jurídicista para o socialismo), com Mascaro podemos nos aproximar do crivo latino-americano para realizarmos a seguinte questão: a especificidade da forma jurídica tem outra especificidade no capitalismo periférico? Portanto, poderíamos falar de uma dupla especificidade no capitalismo dependente? (Pazello, 2014c, p. 438)

Apropriando-se deste problema “a forma jurídica possui uma especificidade em países de capitalismo dependente?”, o autor reconstrói contribuições da Teoria Marxista da Dependência¹⁰⁶, especialmente de Ruy Mauro Marini e Vânia Bambirra¹⁰⁷ (Pazello, 2014c et 2016). Deixa em aberto a questão sobre uma “forma jurídica dependente”, mas não se furta a uma crítica *en passant*,

Eis que o diagnóstico dos escombros da crítica jurídica impescinde de uma correta análise do fenômeno em face do qual eles se deram. Apenas com o marxismo conseguimos realizá-la. No entanto, é preciso também avançar rumo às possibilidades práticas, a partir da crítica ao direito. É possível criticar o direito ausentando-se de sua disputa específica. Cremos que não, ainda que isto não signifique uma inocente assunção de seus horizontes. Vejamos, agora, de que foram esta mesma história da crítica jurídica brasileira pode ser resgatada a partir daquilo que consideramos a sua mais rica experiência: a teoria e a práxis do direito insurgente (Pazello, 2014c, p. 440)

3.2. Reconstruindo as Teorias Críticas do Direito a partir do Direito Insurgente: a forma jurídica dependente

¹⁰⁶ Acerca da compatibilidade entre a teoria marxista da dependência e o giro descolonial do poder: “Assim, o crivo da dependência – em sua totalidade, relacionalidade, condicionalidade, internalidade e rigor tipológico – dá conteúdo material para o giro descolonial que se posiciona, criticamente, em um ‘sistema-mundo patriarcal/capitalista/colonial/moderno’ e, sem ele, esta crítica não vai adiante. Com isto em mente, o debate mais contemporâneo sobre o giro descolonial fica viabilizado. A análise marxista da dependência serve de reserva crítica, sempre vigilante, para as contribuições posteriores de Quijano, Mignolo e Dussel, as quais são muito importantes, mas não podem ser desapegadas de tal referência.” (Pazello, 2021a, p. 17).

¹⁰⁷ Acerca do “lugar” da Teoria Marxista da Dependência nos distintos níveis da crítica marxista ao direito de matriz pachukaniana; da Teoria Crítica Latino-Americana situada no giro descolonial do poder: “Entre a crítica macroestrutural ao sistema social e a crítica que considere o específico ao fenômeno jurídico, encontra-se a mediação necessária do ponto de partida geopolítico, que tem na dependência seu crivo” (Pazello, 2021a, p.16).

3.2.1. *Giro Descolonial do Poder e Teoria Marxista da Dependência*

A pretensão do Direito Insurgente é reconstruir as críticas marxistas do direito oferecendo uma alternativa de mediação entre crítica ao direito e sociologia dos movimentos populares sob o signo da Insurgência. Isso posto, a primeira refundação atinge o primeiro termo, a crítica ao direito é uma crítica geopoliticamente situada na periferia. É importante frisar que o conceito de Sociedade com o qual trabalha Ricardo Pazello é um conceito complexo. No entanto, na medida em que adota a categoria “condição de dependência” e assume os critérios da *relacionalidade*, *condicionalidade*, *internalidade* e rigor tipológico, o nível intermediário de sua construção é refratado pela Teoria da Dependência. O nível mais amplo, na medida em que dialoga com a analética dusseliana, assume o ônus de uma *ontologia do trabalho vivo: monista e ontopositiva*. *Monista* porque sua ontologia é baseada numa única forma de relacionamento do homem com os demais tendo em vista os desafios colocados pelo entorno natural, essa forma é o trabalho. *Ontopositiva* porque conquanto o trabalho vivo seja o fundamento da insurgência, é de dentro da ordem vigente, a partir de um sujeito coletivo, o bloco dos oprimidos, ao mesmo tempo dentro da ordem porque subsumido ao capital, e ao mesmo tempo fora da ordem porque nunca totalmente subsumível, que se pode não só inaugurar uma nova ordem introduzindo na totalidade morta do Capital a “novidade” que está além (aná-) da totalidade vigente. Cabe também a este sujeito coletivo a possibilidade de lutar pelo reconhecimento de novos sujeitos e novos direitos, pois isto “faz sentido” na medida em que se trata de um “ainda-sujeito”.

A relação jurídica estabelecida entre dois sujeitos de direito estabelece a “equivalência” entre dois sujeitos como se estes fossem iguais, esta é a especificidade da forma jurídica. Estas são resultado do processo da “desagregação das relações orgânicas patriarcais e têm no desenvolvimento da esfera da circulação seu principal móvel” (Pazello, 2014c, p. 475). Não obstante, no desenvolvimento do modo de produção capitalista esta dinâmica é típica da sociabilidade das sociedades centrais, “a própria existência deste centro pressupõe sua periferia e, por consequência, a instauração de relações sociais correspondentes” (Pazello, 2014c, p. 473). Nos contextos periféricos, o próprio Marx “já enunciara a dimensão expropriatória da colonização europeia como uma das facetas da acumulação originária do capital” (Pazello, 2014c, p. 473-474), este é ensejo para que Pazello reinterprete a dinâmica relacional-espacial do modo de produção capitalista a partir de uma crítica ao sistema mundial colonial/moderno.

Por isso, tendo estabelecido o nível mais abrangente de sua Teoria da Sociedade com Enrique Dussel a partir de *Ontologia do Trabalho Vivo*, em seu nível intermediário mediada

pela Teoria Marxista da Dependência de Ruy Mauro Marini, estabelece o nível mais específico dessa Teoria da Sociedade com a *Antropologia da Civilização* de Darcy Ribeiro. A um só tempo totalidade e particularidade aparecem mediadas dialeticamente.

Se se retomar a antropologia da civilização de Darcy Ribeiro, logo ressaltará essa característica [colonialidade/modernidade] que é, a um só tempo, de totalidade e de particularidade. Tivemos oportunidade de assinalar que, para ele e toda uma tradição de pensamento periférico, os povos desenvolvidos e os subdesenvolvidos são complementares. Na base de tal interpretação está o entendimento das formas do processo civilizatório, segundo dois conceitos, o de ‘aceleração evolutiva’ e o de ‘atualização histórica’. (Pazello, 2014c, p. 474)

Estes processos, graças à *relacionalidade*, ocorrem simultaneamente no mundo todo reforçando antropologicamente a “*condição de dependência*” da *periferia*. Enquanto a “*aceleração evolutiva*” designa os processos de desenvolvimento de sociedades que renovam autonomamente seu sistema produtivo transformando suas instituições sociais em direção a novos modelos de formação sociocultural (Pazello, 2014c, p. 474), a condição de “*atraso histórico*”¹⁰⁸ das sociedades dependentes condena-as à “*atualização ou incorporação histórica*”, a processos por meio dos quais estas sociedades são induzidas a consumir tecnologias mais evoluídas que o seu próprio meio, perdendo a autonomia sobre seus processos de integração social e sua singularidade étnica (Pazello, 2014c, p. 474). Assim, categoria de “*atualização histórica* retrata tanto *processos civilizacionais regressivos*, do ponto de vista da autocompreensão das sociedades em atraso histórico, quanto *processos progressistas*, da perspectiva de um “procedimento de incorporação de povos atrasados a sistemas socioeconômicos mais avançados” (Pazello, 2014c, p. 474). Em síntese, a essa da “*dualidade*” da “*atualização histórica*”, podemos buscar o sentido de “*modernização reflexa* com perda de autonomia e com risco de desintegração étnica” (Pazello, 2014c, p.474, *destaques meus*) a que estão submetidas as sociedades dependentes. Retomando o aspecto relacional, a cada passo de *aceleração evolutiva*, corresponde uma *atualização histórica* na *periferia*, inclusive do ponto de vista econômico-jurídico.

Do ponto de vista de uma teoria da sociedade, tem-se aqui uma renúncia ao caráter universal de uma modernidade que se desenvolve simultaneamente entre centro e periferia (Gomes, 2022, p. 249-258).

Do ponto de vista da teoria da dependência de Ruy Mauro Marini, o capitalismo se constitui simultaneamente entre “centro” e “periferia”. Uma vez que a circulação de

¹⁰⁸ Categoria que designa o estado das sociedades cujo sistema adaptativo se funda numa tecnologia de menor eficácia produtiva que o alcançado pelas sociedades desenvolvidas (Pazello, 2014c, p. 474).

mercadorias na periferia de cinde entre uma “esfera alta” e uma “esfera baixa”, a produção capitalista dos países dependentes se desenvolve sem a menor consideração pelas demandas efetivamente existentes, o que separa desenvolvimento econômico do desenvolvimento de mercados internos. A especialização na produção de gêneros primários demandados pelos países centrais permite, após um longo processo de acumulação primitiva de capitais, e por meio do barateamento da força de trabalho graças ao barateamento das próprias mercadorias que fixam o valor da força de trabalho no mercado interno europeu, tanto a elevação dos salários dos trabalhadores europeus, quanto induz o desenvolvimento das maquinarias por parte do Capital. Por meio da alteração da composição do capital, elevando o quantum de capital fixo relativamente ao capital variável, propicia ao capital a extração de mais-valor relativo. No entanto, se a dependência é relacional, ela depende primordialmente de seu momento interno, pois a condição da dependência não é apenas econômica, e sim política, cultural e social. Isso posto, mediante a aceitação de um papel marginal na economia internacional, as elites locais dos países periféricos se valem de mecanismos de compensação, dentre eles a superexploração da força de trabalho local: segundo Marini, o aumento da intensidade da exploração da força de trabalho constituiria um mais-valor extraordinário. Mesmo quando a economia dependente passa a “produzir para o mercado interno”, seu movimento é anômalo e trifásico, ou seja, o dinheiro assume a forma de mercadorias – meios de produção e força de trabalho -, em um segundo momento desencadeiam um processo produtivo de cujas mercadorias passam à segunda fase da circulação para que só então o capital recupere a forma dinheiro (Pazello, 2014c, p. 475-476).

O que nos interessa, contudo, é a relação traçada por Pazello entre condição de dependência e crítica marxista situada na periferia. Assim como a relação jurídica entre dois sujeitos jurídicos no mercado esconde o segredo da extração de mais-valor pelo fetiche jurídico, podemos falar de relações de troca de mercadorias em nível internacional que constituem as economias centrais na medida em que é, como vimos, a super-exploração da força de trabalho na periferia que permite a exploração “normal” da força de trabalho no centro graças à composição orgânica do capital no centro, com baixa proporção de capital variável, de trabalho (Pazello, 2014c, p. 476). Antes de concluir seu raciocínio, Pazello pondera acertadamente que a “novidade” que a categoria da “dependência” pode trazer para a crítica marxista do direito não está dada pela história da formação das economias periféricas, mas sim

na verificação do sujeito de direito, ao nível das trocas internacionais e suas demandas jurídicas próprias. Por isso, uma *lex mercatoria* revitalizada sob o primado de uma pluralidade de regulações que, todavia, compartilham de uma mesma base material,

as relações de produção. Somos instados a dizer que a formação jurídica periférica não tem o mesmo desenvolvimento da formação jurídica central, assim como o capitalismo desenvolvido desta sociedade não é o mesmo subdesenvolvido daquela. As relações de troca que o capital engendrou, em nível internacional, proporcionou sociedades diferentes (centrais e periféricas e não há nada e nos faça crer que as relações jurídicas também não expressem esta dessemelhança. E tanto é assim que vimos na análise de Mascaró sobre o direito brasileiro que a formação deste redundou em ‘formas atípicas da instância jurídica’. Esta atipicidade (ou não plena autonomia ou impossibilidade técnica) tem seu lastro na história colonial, primeiro, e dependente, depois, que o país (e poderíamos dizer, o continente) vivenciou. A esta atipicidade propomos que se chame ‘forma jurídica dependente’. Com a expressão conservamos o núcleo da crítica marxista à forma jurídica, qual seja, a percepção de que o direito iguala sujeitos desiguais para que suas vontades apareçam como de equivalente monta na troca de mercadorias. (Pazello, 2014c, p. 477)

Os impactos estruturais da “condição de dependência” na forma jurídica, traduzidos em sua atipicidade característica, não pode significar a ausência de “equivalência entre sujeitos e mercadorias” (Pazello, 2014c, p. 477), do contrário as relações sociais não seriam capitalistas. Há, sim, equivalência entre sujeitos e mercadorias, no entanto, a esta especificidade da forma jurídica se junta outra na periferia, “o grau da desigualdade que [se] busca, formalmente, igualar” (Pazello, 2014c, p. 477). Se Marx na sociologia fabril contida n’O Capital que analisaremos a seguir, falava-nos do duplo caráter da legislação, meio de proteção física e espiritual dos trabalhadores e condição para a reprodução ampliada do capital mediante a introdução da maquinaria pelo Capital, na periferia, as leis servem para a reprodução ampliada do capital no central em face do capital na periferia, gerando subdesenvolvimento na periferia e proteção exígua do trabalhador (Pazello, 2014c, p. 477). Em termos,

a forma jurídica dependente implica não a exploração da força de trabalho pela tração a mais-valia relativa, mas a sua superexploração, combinando as mais-valias relativa e absoluta. Se este é um processo que se generalizou no capitalismo globalizado, como disse Marini na década de 1990, então temos uma generalização da forma jurídica dependente, aquela que inflaciona as possibilidades de exploração dos trabalhadores (...). Além de tudo isso, não esqueçamos que a superexploração do trabalho vem acompanhada da transferência de mais-valia¹⁰⁹, inclusive em sua versão extraordinária. (Pazello, 2014c, p. 477-478)

3.2.2 O Projeto Político como segunda refundação da crítica marxista do direito: do uso tático à tática do desuso.

O esclarecimento acerca do vínculo interno entre a forma-valor e a forma-jurídica me permitiu expor a primeira especificidade da forma jurídica, isto é, seu conteúdo é o reflexo da relação econômica entre proprietários de mercadoria: a relação jurídica é um tipo particular de relação social. Ato contínuo, o Direito Insurgente reivindica uma “localização”, desenvolve-se

¹⁰⁹ Pelo contrário, entendo que é a transferência de mais-valor que vem acompanhada da superexploração da força de trabalho.

sob o crivo geopolítico da periferia latino-americana. O próprio capitalismo, do ponto de vista relacional, constitui-se entre centro e periferia. Do ponto de vista de uma teoria da sociedade a implicação mais relevante para as sociedades periféricas é a “condição de dependência”, reiterada a cada pulso de “aceleração evolutiva” no centro que corresponde a uma “atualização histórica” na sociedade dependente. Em síntese, as sociedades do centro do sistema-mundo vivem uma modernidade plena, enquanto as sociedades periféricas vivem uma “modernidade reflexa¹¹⁰” sob uma “condição de dependência”. Essas reflexões deduzidas do giro descolonial do poder e da teoria marxista da dependência levaram Pazello a colocar a questão acerca do impacto da modernidade reflexa e da condição de dependência na forma jurídica estabelecida na periferia. A adoção da categoria “forma jurídica dependente” fala por si: as relações internacionais de troca também são, como a relação entre sujeitos de direito no mercado interno, relações jurídicas. Logo, em países dependentes como o Brasil, a forma jurídica possui uma dupla especificidade: igualam-se formalmente sujeitos hiper-desiguais. Na medida em que a “atualização histórica” implica a perda da autonomia por parte da sociedade periférica, incapaz de controlar os mecanismos de integração social e reproduzir as tecnologias utilizadas na sua economia doméstica, são engendrados “mecanismos de transferência de mais-valor” entre o centro e a periferia, além de a produção de mercadorias se voltar completamente para o mercado externo, graças à distensão da circulação entre uma esfera baixa, de consumo interno, e uma esfera alta, destinada ao mercado externo, isto é, a produção independe da demanda no mercado interno. Essa condição de desvantagem competitiva, na qual a extração de mais-valia relativa é severamente minada, tem por mecanismo de compensação da possibilidade de “superexploração da força de trabalho” da qual se extrai um mais-valor extraordinário: transferências de mais-valor e mais-valor extraordinário constituem a segunda especificidade da forma jurídica dependente.

A crítica representa o *momento ontonegativo*, de *denúncia* do Direito Insurgente. Como essa crítica jurídica tem como destinatário os movimentos populares enquanto sujeito revolucionário (Pazello, 2021a, p. 22). É na charneira entre direito e organização política que Pazello passa a uma investigação das “formas reivindicativas” do modo de produção capitalista, mais especificamente, as suas “formas de movimento social” (Pazello, 2021a, p.116): a forma movimento social sempre designará um sujeito coletivo produzido pelo capital, parcialmente

¹¹⁰ Destaco sobretudo a categoria de “modernidade reflexa” na medida em que a partir dela se pode inferir que Pazello não considera a Modernidade uma categoria de validade universal, pelo contrário, parece-me que a única categoria de validade universal na proposta do Direito Insurgente é a categoria “trabalho”, derivada da ontologia pensada pelo autor em diálogo com Enrique Dussel, Lukács e Kosik.

implicado por ele, mas incapaz de ser completamente absorvido por ele, o capital. Trata-se de uma espécie de ainda-sujeito da ordem capitalista, assim como um sujeito para além da ordem vigente (*aná-*), capaz de reivindicar direitos e/ou introduzir o novo.

A Revolução Industrial se desenvolve num contínuo no qual as reivindicações de direitos dos trabalhadores tendem a ser compensadas por inovações tecnológicas catalisadas pelo capital. Como expus, trata-se de uma alteração da composição orgânica do capital em detrimento do capital variável: como resultado, acumula-se uma população excedente apta ao trabalho, mas não empregada (Pazello, 2021a, p. 106), que passa a exercer uma pressão sobre o salário dos trabalhadores empregados. No entanto, a constituição de um movimento operário em torno do qual orbitam trabalhadores semiempregados, desempregados ou sujeitos pauperizados: a simples reunião multiforme de trabalhadores não constitui uma forma movimento social, é necessário um projeto político compartilhado. É necessário que constituam um “bloco oprimido” sob a liderança do operariado urbano.

Todas estas indicações, bastantes breves no texto de Marx, são tema central da contemporaneidade (...). Como com isso evidenciamos que quanto mais riquezas se produz, mais trabalhadores podem ser ativados para o processo produtivo, ainda que nem todos sejam por ele absorvido, criando progressivamente o exército de reserva, cremos que se faz coerente expressar a relação entre as constatações objetivas referentes à classe trabalhadora e sua mobilização social como criadora de uma forma reivindicativa própria do modo de produção capitalista: o movimento social (Pazello, 2021a, p. 116)

A referência ao projeto político compartilhado conforme o contexto de insurgência (resistência; revolta; revolução), assim como à constituição intersubjetiva dos movimentos sociais em um único sujeito coletivo é um legado engelsiano:

Quando, com Engels, nos apercebemos da formação do movimento operário, em suas tendências, chegamos à possibilidade de entender o movimento social de trabalhadores como que constituído por várias táticas de luta, todas elas assemelhadas às formas de revolta, dentro da legalidade (como nos casos de livre associação e greves) ou fora dela (como nos casos em que a violência não é reconhecida como legítima pela lei burguesa). O movimento – e Engels fala em movimentos, no plural – operário é a síntese destas formas, acrescentando a elas um *horizonte estratégico* que exige da organização dos trabalhadores um projeto para desenvolver a intervenção revolucionária. A democracia cartista, os salões de leitura e a prática organizada de reivindicar e contestar a ordem conformam um movimento enlaçado a ‘uma classe específica, com princípios e interesses e concepções próprios, em confronto com todos os proprietários, partindo do fato de que os trabalhadores, como classe, ‘estão conscientes de que neles residem a força e a capacidade de desenvolvimento da nação, diria Engels; de uma nova realidade, diríamos nós.’ (Pazello, 2021a, p. 125-126, *destaques meus*)

A capacidade de constituir um horizonte estratégico intercompartilhado é o que medeia os distintos movimentos em uma única forma de movimento social. É trabalhador assalariado

que constitui a “síntese organizativa”, como “síntese de formas de revolta” que conformam o sujeito histórico dinâmico, a classe trabalhadora fabril (Pazello, 2021a, p. 126-127). Internamente ao movimento operário emerge o aguilhão da sua tensão constitutiva: entre a reivindicação dentro da ordem e a ação fora da mesma (Pazello, 2021a, p.127). A esta síntese tensionada entre a legalidade e a ilegalidade,

podemos denominar movimento social, que se refere às relações sociais de um determinado contexto (uma sociedade); em um nível mais profundo, movimento popular, pois referido às maiorias oprimidas de uma nação ou de um povo, e, mais profundamente ainda, um movimento da classe trabalhadora, expressando a essência da insurgência, o trabalho vivo que lhe movimento e dá a todo o resto o valor que tem. (Pazello, 2021a, p. 127)

3.2.3 *Dimensão Fenomênica Insurgência como Resistência: o uso insurgente do direito em sentido estrito*

O debate marxista tende a se desencaminhar quando a revolução não está na ordem do dia. Neste caso o que fazer com o direito? A crítica estrutural ao direito envolve parte do projeto teórico do Direito Insurgente, mas não o esgota. A resposta demanda a contextualização da dimensão fenomênica ou sociológica da insurgência da qual se trate. Isto é, trata-se da dimensão sociológica da “resistência”. Nessas circunstâncias, cabe ao sujeito coletivo apenas resistir às investidas do capital dentro da ordem.

Situamo-nos em uma teoria da organização da política e a distinção semântica capital é entre as categorias “tática” e “estratégia”. Dialogando com Lênin, estabelece-se “uma distinção entre caminho e objetivo da caminhada, entre meios e fins ou entre e ação e projeto que permite incorporar tática e estratégia também na terminologia política” (Pazello *in* Costa *et al*, 2022a, p. 89) na qual o horizonte estratégico é um “projeto revolucionário baseado na crítica marxista ao mundo do capital [que] exige mediações políticas, sendo que as táticas , representam-nas vinculada-as às citadas crítica e projeção” (Pazello *in* Costa *et al*, 2022, p. 89-90). Logo, o “uso estratégico do direito” designa o uso cujo projeto político é a conquista de direitos por si mesma, ou melhor, trata-se do uso do direito típico do “socialismo jurídico”.

O Direito Insurgente proscreve o uso estratégico do direito e demanda dos movimentos sociais necessariamente que utilizem taticamente o direito, pois este se coloca na realidade efetiva como mediação social necessária, ressaltando o projeto político comprometido com uma sociedade plenamente emancipada, com uma sociedade comunista. Conquanto proscreva

o uso estratégico, prescreve o uso tático do direito¹¹¹, e este só pode estar comprometido permanentemente com a extinção do direito e do Estado.

Daí podermos falar em flexibilidade tática, a partir da teoria política leninista da organização. Em contextos não-revolucionários ou até mesmo pré-revolucionários, parece fazer sentido dar um encaminhamento para os usos possíveis do direito, em suas várias facetas. (Pazello *in* Costa *et al*, 2022a, p. 90)

Os tipos de uso tático no contexto sociológico de “resistência” se resumem a três: combativo, relido, assimétrico. O uso combativo do direito se assenta na tradição do positivismo de combate, manejando as normas jurídicas vigentes em benefício dos movimentos sociais. A dogmática jurídica tem aqui uma função emancipatória, inclusive “levando ao pé da letra”, pode-se exigir a efetivação de direitos apenas enunciados “formalmente”. O uso relido do direito se assenta na tradição da garimpagem jurídica da teoria crítica do direito latino-americana, partindo do princípio de que há um sentido literal “objetivado” no texto, trata-se de explorar a “textura aberta da linguagem” na qual as proposições jurídicas são inscritas, propondo interpretações alternativas, sentidos análogos capazes de subverter o “sentido original” do texto em benefício dos movimentos sociais. O uso assimétrico do direito se assenta na tradição do “direito achado na rua”, ou seja, pressupõe a existência de práticas sociais compartilhadas por uma determinada coletividade ou por um movimento social na qual se inscreve uma normatividade paraestatal, embora não contrarie o direito estatal. Trata-se da oportunidade de criar relações intergrupais à margem do Estado, como no caso das comunidades originárias e seu direito próprio, ou nos movimentos sociais urbanos que almejam reinventar uma relação não alienada com a cidade, apropriando-se de e dando um uso diverso a determinados espaços públicos. Neste caso, trata-se de reivindicar o reconhecimento da normatividade imanente a esses mesmos movimentos (Ribas *et* Pazello *in* Kashiura Jr. *et al*, 2015, p.150).

Antes de prosseguir com a reconstrução tipológica dos usos do direito no parágrafo subsequente, enfatizo a distinção entre uso combativo e uso relido: essa distinção parte da premissa que a interpretação é uma operação mental distinta da apreensão do “sentido literal” de uma proposição jurídica qualquer. Neste ponto se torna evidente que Pazello discute os sentidos de direito, inventaria-os analiticamente e pensa suas distinções. No entanto, todo o uso tático nos seus termos pressupõe uma orientação cognitivo-instrumental por parte dos atores sociais, como vimos, um conceito em termos da ação depende de um fundamento em um

¹¹¹ Na oportunidade, fê-lo destacando que “apesar de, em nosso entendimento, a concepção leninista de tática e estratégia transparecer oscilações terminológicas, com ele surge a tendência que viria a se consolidar de analisar a política a partir da metáfora de guerra” (Pazello *in* Costa *et al*, 2022a, p. 88), as análises políticas passariam a ideia de “movimento” acaso se valessem de metáforas bélicas.

conceito de racionalidade, sem dúvidas, aqui, Pazello lida com a peculiar opacidade do direito hipostasiando a racionalidade estratégica que não é, contudo, nada, senão parasitária da razão comunicativa. Há um nítido *déficit hermenêutico* na sua tentativa de mediar teoria e práxis: o resultado é sempre uma mediação externa, incapaz de tensionar sentidos do direito.

Nas conjunturas pré-revolucionárias iminentes, uma densificação da organização intracomunitária e sobretudo um “acúmulo de forças” pode advir justamente do uso assimétrico do direito. Na medida em que o uso tático pressupõe o compromisso político, do reconhecimento da autonomia e da autoridade de determinadas coletividades ou movimentos sociais pode surgir um núcleo densificador da intrageração da sociedade e de poder social equiparável às Instituições Políticas do Estado. Nesta circunstância, o uso assimétrico do direito orienta-se pelo “pôr-em-crise” o direito, implementando a guerra civil aberta, antes latente. O uso dual refere-se ao contexto insurgente da revolta, que prenuncia a revolução: o estado de tensão social criado pela dualidade de poderes não pode persistir por muito tempo, ou o levante popular fracassa, regredindo aos contextos de insurgência anteriores, ou a revolução triunfa, na medida em que o bloco dos oprimidos se apodera do aparato estatal: estamos no contexto pós revolucionário pré-socialista (Pazello, 2014c, p.492-493)

Devemos ressaltar outra vez a importância do projeto político e da organização intracomunitária (direito como relação de relações sociais): se o movimento social não estiver suficientemente coeso, forte e compromissado com um mesmo horizonte estratégico, perecerá. O uso dual é um uso revolucionário do direito voltado ao assujeitamento do “inimigo¹¹²” no âmbito da política., assumir o controle do Estado é somente o primeiro evento do processo de longa duração em que se constitui qualquer revolução. As tarefas de expropriar os latifundiários, socializar os meios de produção, abolir privilégios, nacionalizar setores estratégicos da economia, enfim, as tarefas descritas por K. Marx em “A Guerra Civil na França” já citadas por nós quando do debate da Comuna de Paris serão implementadas nesse estágio posterior à revolução. O uso revolucionário neste momento se volta a essas tarefas programáticas.

Finalmente, em contextos revolucionários pós-socialistas, é preciso que os atores sociais continuem comprometido com o projeto político que os uniu: agora trata-se de um uso negativo, ou antes, da tática de desuso do direito no horizonte da transição a uma sociedade comunista. Como todo o direito é direito da desigualdade, somente com um determinado acúmulo de forças

¹¹² Parecem-me ser estas as consequências da construção de uma teoria da organização com base em “metáforas militares”, isto é, exatamente e pressuposição do par categorial amigo-inimigo como organizador do horizonte político.

e de experiências será possível forjar uma nova sociabilidade sobre a qual, confessa-nos Pazello, pouco se pode dizer. No entanto, uma sociedade emancipada que prescindia do direito e do Estado só surgirá se esta forjar, dentro de si mesma, as alternativas a estes médiuns tipicamente modernos.

Além das metáforas militares, Pazello enfatiza o problema do “acúmulo de forças” como condição necessária à passagem dos contextos sociológicos de insurgência. No entanto, não é o quantum de organização social, ou o quantum de “forças sociais” que pode explicar como uma sociedade emancipada no futuro se regerá prescindindo do direito e do Estado. Para isso é preciso deslocar o conceito de “práxis” inclusive de macro subjetividades, e projetá-la em uma prática já efetiva, isto é, a comunicação ordinária. A partir dessa viragem é-nos possível entender tanto o processo de individuação se brinca com processo de socialização e, ao contrário de Pachukanis, como o “homem do futuro” não fluirá de nenhuma coletividade, pelo contrário, será o fruto mais bem acabado de um processo de individuação ainda em curso na modernidade, e encontrará alternativas integrativas a partir do processo de aprendizagem de longa duração com o direito e com a política, exatamente porque esses processos permitem o tipo de descentramento hermenêutico que desencadeia processos coletivos de aprendizagem social que forjam, na imanência dos processos sociais, soluções para os nossos problemas, inclusive permitindo que, retrospectiva e falibilíssimamente, apontemos respostas inadequadas, pois a nossa consciência enquanto comunidade política já o reconhece (Habermas, 2014).

Essa crítica se justifica também levando em consideração que

a utopia das reformas “passa a ser crime logo que queira se realizar” está na análise de Marx sobre os direitos constitucionais e suas regulamentações necessárias. Aqui, na verdade, as reivindicações populares (suas utopias) ganham um sentido gradativo, em que a normatividade jurídica adquire formato camaleônico, indo-se desde a desregulamentação até a criminalização, passando pelas normas inefetivas ou pelo excesso regulamentar. Exemplo eloquente de um desses graus que caminham à criminalização da utopia nos dá Marx por via da discussão das liberdades exigidas no contexto da revolução de 1848. Elas receberam um “uniforme constitucional” em que se estampava no bolso da camisa o sobrenome “direito incondicional do cidadão”, um direito absoluto portanto, para as classes que dominavam o “bordado” do uniforme. Todavia, tais incondicionalidades vinham acompanhadas de restrições dos “direitos iguais de outros e pela segurança pública” e de “leis” orgânicas que as regulamentassem. É uma ilimitação limitada, bem ao estilo do idealismo kantiano que colonizava as explicações burguesas de mundo: “essas leis orgânicas foram promulgadas mais tarde pelos amigos da ordem, e todas essas liberdades regulamentadas de tal modo que a burguesia no uso delas não as chocasse com os direitos iguais das outras classes”.⁵³⁴ A liberdade regulamentada tende a se afinar à ordem constitucional, a qual se harmoniza, por óbvio, com a segurança pública, que não era outra coisa senão a “segurança da burguesia”. Assim, as frações de classe ou as classes em aliança com a burguesia podiam se refestelar na disputa do sentido que deveria prevalecer na interpretação constitucional, se o da liberdade incondicional ou se a sua limitação. Eis que, para Marx, a conclusão não pode ser diferente da que percebe que “cada parágrafo contém em si, com efeito, a sua própria antítese”, ou seja,

“no fraseado geral, a liberdade; na glosa marginal, a supressão da liberdade”, enfim, “a existência constitucional da liberdade permanecia íntegra, intacta, por muito que se assassinasse a sua existência comum (Pazello, 2014c, p. 215)

3.2.4 *Constitucionalismo, Constituição e Insurgência: à procura do fundamento.*

De certa maneira, já reconstruímos o sentido que Pazello atribui ao conceito de “*Constitucionalismo*”. Primeiramente, trata-se de mapear os sentidos do direito encontrados n’O Capital. Por outro lado, essa leitura deve ser matizada por dois pólos magnéticos situados nos dois extremos do arco temporal da biobibliografia marxiana: refiro-me à Sobre a Questão Judaica (1843) e a Crítica do Programa de Gotha (1875). Enquanto o problema da emancipação política na ordem capitalista é enfrentado no primeiro escrito de juventude, o problema da ultrapassagem do estreito horizonte do direito burguês é colocado pelo segundo escrito de maturidade. A partir daquela resposta a Bruno Bauer, Pazello extrai a “Dialética entre declaração e constituição de direitos” (Pazello, 2021a, p. 90).

Os direitos políticos do cidadão referem-se à constituição de direitos, enquanto os direitos civis do homem apenas são declarados. Estamos sugerindo, portanto, que a inversão de Marx, que desvela a cidadania como conjunto de direitos universais fictícios baseados efetivamente no homem real e seus direitos que lhe garantem o egoísmo (tornando-se, assim, o burguês a universalidade material da universalidade irreal do cidadão), aponta para uma diferença (sinuosa e titubeante) entre direitos que meramente se reconhecem e direitos que criam dever-ser, vale dizer, declaração de direitos e constituição de direitos (Pazello, 2021a, p. 95)

Enfatizando um aspecto do qual já tratei, o burguês é reconhecido como membro da sociedade civil e por isso tem seus direitos civis declarados pelo Estado, no entanto, tem sua qualidade de cidadão constituída pelo Estado na medida em que lhe são concedidos direitos políticos: trata-se de um indivíduo que leva uma vida dupla, portanto.

Da redação deste texto de 1843 à de O Capital, Marx apenas altera a ordem dos direitos elencados (além de uma nuance de sentido no direito-Bentham): naquela propriedade vem antes da igualdade, ao contrário desta. O constitucionalismo (para nós, talvez fosse melhor dizer por enquanto ‘declaracionismo’) liberal tem por ponto de partida o direito à liberdade, a ‘liberdade do homem como mônoda isolada recolhida dentro de si mesma’, ou seja, a ‘separação entre um homem e outro’ como direito. Por sua vez, ‘a aplicação prática do direito humano à liberdade equivale ao direito humano à propriedade privada (Pazello, 2021a, p. 96).

Não superestimo o valor posicional secundário do conceito de “*Constituição*” na obra de Pazello, no entanto, acredito que ele pelo menos tem um potencial para entender até que ponto o Direito Insurgente consegue lidar com o desafio da “normatividade constitucional” encarada do ponto de vista do participante. Em primeiro lugar, ao discutir as diversas Teorias

Críticas Latino-Americanas, Pazello se encontra em uma situação desconfortável. Negara páginas antes o potencial emancipatório insito à forma constitucional moderna, recusando tanto o uso estratégico dos direitos humanos ou direitos fundamentais quanto as tendências juridificantes catalisadas pelo direito constitucional enquanto fetichista, senão vejamos:

Já o “uso político estratégico dos direitos humanos” é incompatível com nossa formulação porque estabelece como sendo central o direito mesmo, o que ocorre por haver uma premissa inconsistente de fundo, qual seja, a de tornar sinônimos pessoa/homem e direitos subjetivos. A nosso ver, a dignidade humana – para usar uma palavra da moda no jargão filosófico-constitucionalista coetâneo – não é geneticamente jurídica; até ao contrário, o jurídico contradiz a potencialidade humana naquilo que ela tem de criativo e trabalho vivo. Aqui, é importante ressaltar que De la Torre compartilha da filosofia da libertação e a ela agrega os direitos humanos. A partir de uma leitura de Dussel, chega a nele encontrar “o fundamento de todo o direito: a dignidade do homem” (em Dussel aparece como “direito do outro”; em Lévinas, uma das bases desta formulação dusseliana, “direito original”). Como também já dissemos anteriormente, esta é uma conclusão derivada do afã pelo positivo. Ignorando-se a crítica radicalmente negativa, inclusive para o âmbito jurídico, é quase que lógica a necessidade de afirmar os direitos humanos, naturais ou pessoais. Enfim, o principal problema se nos apresenta, como decorrência da equivalência entre subjetividade e direito subjetivo, como o elemento estratégico do uso dos direitos humanos. O uso estratégico é expressão da não problematização das formas fundante e essencial do direito, devendo ser substituído por, no máximo, um uso tático. (Pazello, 2021a, p. 377)

É quando enceta um debate com Carlos Rivera Lugo que questiona não só as hesitações reformistas diante do Constitucionalismo, mas aponta para uma *tensão produtiva à emancipação política as tendências desjuridificantes*, ainda que ressaltando a divergência quanto aos marcos teóricos do porto-riquenho, isto é, Antônio Negri e Michael Hardt:

[Rivera] chega a conclusões reveladoras: “a idealização atual do Estado social de Direito é em parte fruto da renegação progressiva da necessidade da transformação radical”, quer dizer, uma aposta no socialismo jurídico que faz evoluir, via forma jurídica, as incompatibilidades entre igualdade formal e desigualdade material para situações de congruência entre o formal e o material. Esta “via democrática”, como horizonte, é equivocada, porque não percebe que “a igualdade jurídica é a outra cara do intercâmbio formal de equivalentes”. Assim sendo, repitamos a inspiração pachukaniana que nos mobiliza, não é possível a igualdade formal se harmonizar com a material, já que a própria ideia do formal, aqui, deforma o material (só há direito de igualdade porque há uma desigualdade imanente de fundo, a da venda da mercadoria forçade-trabalho sobre a qual recai a extração da mais-valia, no melhor dos casos). Daí as antijuridicistas conclusões de Rivera Lugo poderem ferir a racionalidade alternativista ou crítica dos juristas progressistas: “o problema do Direito é o Direito mesmo”, sendo que, “como tal, a forma jurídica é uma expressão que obstrui, mais que facilitar, a plena libertação do ser humano”. Assim, a práxis de libertação ou a revolução, não podem ser fundamentos do direito em geral, mas antes os antídotos ao direito: “o experimento do reformismo jurídico chegou também a seu fim. [...] Vai adiante Rivera Lugo ao defender que a *desjuridicização* deve ser realizada de maneira dupla. Assim, “o direito deve ser negado duas vezes”, como aquilo que é (relação social) e como aquilo que diz ser (sua ideologia). A esta altura, retomáramos a metáfora teológica e diríamos que não é só uma dupla negação, mas uma tripla negação pétreia (como a negação de Pedro): é preciso negar suas aparências – a

normativa e a judicial – e ao se as negar se demonstra que o direito não é nem deve sê-las; mas é preciso negar também sua essência, como relação jurídica que garante a circulação (e a produção) de mercadorias. Para Rivera Lugo, a sua dupla negação (que para nós é tripla) representa subversão e rebelião. Portanto, na medida de sua insurgência, tal negação é “por sua vez afirmação ou, melhor ainda, potenciação ou criação”. Já nos referimos às dificuldades teóricas de uma filosofia da positividade em Marx, em todo caso é possível aceitar, dialeticamente, a negação da negação como um âmbito transformado de afirmação. Esta negação da negação seria, para Rivera, o não-direito, em última análise, o comum. Desde a crítica de Badiou a Negri e Hardt, o jurista porto-riquenho acentua que o “projeto comunista é a justiça, o reclamo de que o não-Direito possa converter-se no último Direito da política proletária (Pazello, 2021a, p. 406-407)

Por fim, é o conceito de “Constituição” que assume feições ambíguas em um diálogo tríplice com Lênin, Ruy Mauro Marini e Pachukanis, onde o conceito de constituição aparece imbrincado com um potencial pedagógico para a sociedade civil:

A tecla na qual bate Lênin é a da prática. Certamente, havia um mundo por fazer, sendo que no velho mundo por destruir muitas pressões e contradições dificultarem o processo de construção revolucionária de uma sociedade. O período da guerra civil, que dura pelo menos até 1921, é marcado por uma transição possível, a qual sequer chega a ser próxima às características da fase inferior do socialismo. É uma transição para a transição, momento novo, que a teoria não havia captado em todas as suas nuances. No entanto, a materialidade das relações sociais exigia, e exige, que nós dela tomássemos conhecimento. E é este o exato contexto em que a função pedagógica do direito aparece, tal como reapareceu em situações bastante diversas, enunciada, por exemplo, pela voz marxista da teoria da dependência, no contexto da constituinte brasileira da década de 1980: “o direito tem um caráter educativo, que, mais que qualquer outra lei, a Constituição deve captar e expressar. [...] Já Pachukanis, em 1925, assim avaliava o legado de Lênin para o direito: sob a autocracia e sob o era impossível lutar com a impotência legal e o analfabetismo jurídico das massas, sem a condução de uma luta revolucionária contra a autocracia e contra o capital: essa impotência é apenas um fenômeno parcial da subjugação geral de cuja manutenção dependiam a legalidade czarista e burguesa. Mas após a conquista do poder pelo proletariado, essa luta tem a maior prioridade como uma das tarefas da reeducação cultural, como uma pré-condição da construção do socialismo. Por decorrência, os trabalhos de Lênin a partir do período soviético são simultaneamente “propaganda antijurídica”, isto é, uma campanha contra a ideologia jurídica burguesa, e um apelo à luta e à eliminação do analfabetismo e impotência legais. (Pazello, 2021a, p. 260-261)

5.2.3. *Sob o signo da Insurgência: práxis jurídicas da insurgente no caso das AJPs*

Considerando os movimentos sociais como objeto de estudo do Direito Insurgente, ou antes, a forma movimento social enquanto o sujeito coletivo que concentra o potencial transformador da realidade social, é preciso pensar o estatuto da crítica teórica frente à pretensão prático-crítica dos próprios movimentos sociais. O modelo de práxis escolhida como paradigmática na mediação entre intelectualidade e movimentos sociais é a prática da AJP (Assessorias Jurídicas Populares), particularmente as AJUPs (Ribas et Pazello in Akamine Jr.

et al, 2015, p.157). Na medida em que é o direito que se interpõe entre o teórico e o movimento social, o estatuto dessa relação se torna ainda mais delicado.

A teoria em si não muda o mundo, é preciso apresentar o pressuposto fundamental da práxis. A teoria em si não muda o mundo, precisa se encarnar. Adolfo Sánchez Vásquez ensina que a ‘práxis se apresenta como uma atividade material, transformadora e *adequada a fins*. Fora dela, fica a atividade teórica que não se materializa, na medida em que é atividade espiritual pura. (Ribas et Pazello in Akamine Jr., *et al*, 2015, p. 158, *destaques meus*)

A rigor não há práxis teórica, por isso se o teórico crítico deseja mediar teoria e práxis, deve enfrentar o desafio de compreender a práxis dos movimentos populares frente ao direito, duas posturas são rigorosamente equivocadas. A primeira descarta toda e qualquer relação com o direito do movimento social como alienada O outro equívoco é interpretar de per se todas as reivindicações e contestações dos movimentos sociais como expressão da libertação (Ribas et Pazello in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 159).

Por outro lado, do ponto de vista da própria AJP, trata-se de uma assessoria jurídica popular que polariza o campo da extensão universitária com as divisões assistenciais buscando diferenciar-se não só por estabelecerem relações com movimentos populares e com reivindicações que dizem respeito à toda uma coletividade, ampla ou não: ao oferecer apoio jurídico a movimentos sociais, é exatamente em dois extremos que o assessor popular não pode recair: nem no extensionismo, construindo ou mantendo uma distância com relação aos movimentos sociais e agindo como ente iluminado capaz de resolver os problemas deles, tampouco a relação deve ser de mero assistencialismo, haja vista que, conquanto a AJP tenha surgido com mais intensidade e reconhecimento na década de 1980, ocasião em que participou inclusive de mobilizações na Constituinte brasileira de 1988, suas raízes remontam a pelo menos os anos 1960, antes do golpe militar, e há toda uma história a ser contada sobre o modelo de “Escola Empresarial” implementado nas Faculdades que se alinhava muito mais com os chamados Núcleos de Prática Jurídica ou Divisões de Assistência Judiciária do que com as AJP e AJUPs, tudo isso em um contexto em que os cursos de direito eram tidos como os mais subversivos, inclusive pela posterior Reforma Universitária de 1968 (Ribas *et Pazello in Akamine Jr. et al*, 2015, p.160).

Há várias propostas de práxis aos assessores. Miguel Pressburguer, da AJUP, ensinava a dupla tarefa do assessor popular: tensionar as contradições do regramento estatal até o limite em prol do uso combativo do direito de forma favorável aos movimentos populares; e mesmo ir corporificando as demandas das classes populares na luta por novos sentidos e princípios e novos direitos conforme as necessidades das classes populares em um uso relido (Ribas *et*

Pazello *in* Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 162). No entanto, a práxis da assessoria jurídica popular tem de ser algo mais complexo, afinal, se o Direito Insurgente é uma proposta de mediação entre crítica estrutural ao direito e sociologia dos movimentos populares sob o signo da insurgência, uma proposta de mediação entre teoria e práxis sob o pano de fundo da experiência das AJPs, tem de ser teoricamente arrojada.

Primeiro, em que pese Pazello mencione uma dimensão de aprendizagem internamente à AJP, esse tipo de aprendizagem é bastante restrito e consiste basicamente em reforçar os “ciclos de formação” para que sempre se saia do zero tendencial em aptidão para este tipo de práxis e se chegue a um nível aceitável, não parece haver espaço aqui para aprendizagem internas ao próprio movimento. O fundamento da AJP está alicerçado em uma “Teoria da Organização Política”, situando-se como médium entre classe e partido.

No entanto, é fundamento da conscientização que mais se desenvolve aqui, não por conta do horizonte jurídico, que como vimos é estreito, mas pelas possibilidades metodológicas que a AJP disponibiliza. Neste aspecto é bom ressaltar que a AJP é tão somente uma espécie de assessoria popular, a qual serve de referência para outras atuações sociais, igualmente “extinguíveis”. (Pazello, 2014c, p. 445)

Compreende-se a AJP a partir de duas perspectivas fundamentais: a fenomênica e a metodológica. Fenomênicamente, a AJP se abre às formas essencial e aparente do direito. A dimensão fenomênica demanda que lancemos mão de uma teoria crítica da sociedade para a explicitação das estruturas capitalistas como relações sociais de valor. Trata-se de mediar uma teoria crítica da sociedade com uma teoria do valor e uma teoria crítica da sociedade com uma teoria crítica do direito (Pazello, 2014c, p. 446). O próximo passo é que o assessor transcenda a sua posição fenomênica balizada nestes termos pela via da organização popular. Nestes casos o assessor consegue mediar o processo por meio do qual a AJP se torna um ator do movimento popular (Pazello, 2014c, p. 446). Na dimensão metodológica, temos o aperfeiçoamento das mediações entre a assessoria e o movimento popular, posto que o uso tático é só uma dentre as outras possibilidades.

Na verdade, neste momento metodológico é o braço da educação popular vinculado à AJUP, mas sobretudo uma atitude pautada pela ação dialógica de Paulo Freire, pela pedagogia do oprimido, que tende a diminuir as distâncias entre assessor e assessorando e a catalisar um processo de emancipação e libertação do próprio assessor (Pazello, 2014c, p.477). Por um tipo de específico de ação, a ação dialógica, o assessor se aproxima do assessorando.

A pedagogia do oprimido nos conduz ao eixo da Universidade Popular. Paulo Freire busca opor a ação antidialógica, extensiva do conhecimento que um iluminado leva ao

movimento. Então é mais importante uma ação dialógica em que o conhecimento é aprendido em coparticipação através da atividade e não da passividade do interlocutor (Pazello, 2014c, p.448). Neste processo de aprendizado conjunto a tomada de consciência por parte do assessor será possível se a práxis (trabalho-fonte) for o guia do assessor).

O eixo da universidade popular surge da problematização do *extensionismo* e da universidade como lugar de reprodução simbólica da exclusão. Essa dimensão se liga a uma outra subdimensão metodológica institucional, a possibilidade da pesquisa-ação, inclusive é a própria AJP uma possibilidade de pesquisa-ação, de teorização crítica a partir da experiência na assessoria (Pazello 2014c, p. 450).

Finalmente, a dimensão lúdica é integrante da práxis da AJP, sobremaneira a partir da experiência do teatro do oprimido. Através dessa iniciativa em específico, transforma-se o povo, de indivíduo assujeitado e passivo e transformá-lo, por meio do teatro em protagonista de sua própria vida, ainda que seja um simples exercício. Há outras apostas neste sentido (Pazello, 2014c, p. 450).

Por contraste, essa subseção termina com a reconstrução da dimensão fundamental ou filosófica da insurgência. A insurgência enquanto tal tem quatro dimensões: já encaramos uma delas, a dimensão fenomênica ou sociológica, passemos à fundamental. O fundamento da insurgência está em outro nível, antes categorial que conceitual, mais dinâmico e relacional que essencialista, por isso mesmo trata-se de uma fundamentação processual. Não obstante, essa fundamentação processual se desdobra entre quatro polos por ordem de abrangência: “a) trabalho-fonte; b) luta; c) organização; d) conscientização.” (Pazello, 2014c, p.349). O trabalho-fonte é o *trabalho vivo e desalienado*, portanto, a *fonte de vida e de valor não subsumida à totalidade reificada do capital*.

O trabalho vivo canaliza energias para a construção da resistência/revolta/revolução, o que se especifica nas lutas cotidianas que as classes populares travam, sejam pequenas lutas ou grandes. Para que esta canalização faça sentido, ao partir do trabalho vivo, demanda a organização coletiva. E esta organização impõe a forma comunitária, a educação popular, a tomada da consciência revolucionária, a conscientização. (...) O trabalho vivo é momento prévio à constituição de uma relação social, pois implica a relação comunitária. Quando o “social” aparece, torna possível o valor, como relação. A partir daí, os fundamentos da luta, organização e conscientização, apesar de fundados (não fontes primeiras) são também fundamentos que, por exemplo, dão sentido a uma prática jurídica insurgente (Pazello, 2014c, p. 349)

O aspecto da luta (b) é consubstanciado por reivindicações e contestações, através de resistências e rebeldias, ressaltados os contextos revolucionários. Ainda que Pazello não disponha de um nível pragmático-formal para fundamentar formalmente a possibilidade de

catálise de processos de aprendizagem, o aspecto da organização (c) pressupõe exatamente uma “prática social acumulada” (Pazello, 2014c, p. 350). Um movimento social mobilizado, erigido, dificilmente se manterá após o contexto de luta, dificilmente lutará com sabedoria, a organização é o fundamento da insurgência. A organização se dá com uma estrutura orgânica permanente, unidirecional, hierarquizada (Pazello, 2014c, p. 350). Por fim, para que estas organizações não se fetichizem, não se corrompam, não se desorganizem, não sejam cooptadas, é preciso que “estejam imbuídas de uma grande capacidade de conscientização popular [d]” (Pazello, 2014c, p.352). Pois bem, o potencial de conscientização é liberado pela ação dialógica, nos sentidos freireano.

“No fundo, a reflexão se argumenta em espiral. Os fundamentos divididos em fonte (trabalho vivo) e fundados (luta, organização e conscientização) têm nestes últimos uma retroalimentação e transversalidade evidentes. A luta insurgente implica a organização e a capacitação, assim como não se organiza sem prática reivindicativa/contestativa e saber, assim como, por fim, não há conscientização sem lutas ou organização popular” (Pazello, 2014c, p. 352).

Estão entrelaçadas, pois, as dimensões fundamental ou filosófica da insurgência e o alicerce do Direito Insurgente nas AJP.

3.2.5 Crítica, Crivo e Critério: a práxis como critério da verdade na Dimensão Histórica ou Originária da Insurgência

A dimensão crítica da Insurgência é balizada pela dimensão originária ou histórica. Na medida em que se recusa a subsumir-se na totalidade reificada do sistema, refrata-se em Crise; Crivo e Critério. Da dimensão ontonegativa à ontopositiva, a insurgência revela-se inicialmente *qua* crise, enquanto processo de negação da aparência até a essência, por isso é o materialismo histórico o seu alicerce. Subjaz à crise a dialética do capital entre valorização e desvalorização, pois é nessa permanente oscilação que se esclarecem as determinações contraditórias (e essenciais) do capital (Pazello, 2014c, p. 343-344). Logo, a crítica é o pôr-em-crise, enquanto a crise é a negatividade imanente ao capital. Crise é crítica, é o momento do negativo.

A dimensão originária da insurgência é a da crítica cuja recusa à adequação sistêmica se faz sentir como crise, crivo e critério, palavras de mesma origem etimológica. O radical grego *krei*, que dá origem à crítica, significando separação, juízo e discernimento, também põe em crise, analisa sob um crivo e estabelece critérios. Estas três maneiras de encarar a crítica nos sugerem a reflexão que segue. (Pazello, 2014c, p. 343)

O crivo da insurgência projeta-se geopoliticamente, contextualiza a crítica a partir de um lugar de enunciação. A mediação entre global e particular deve ser feita na imanência da tradição marxista, no entanto, isso só pode ser feito recorrendo à Teoria Marxista da Dependência, que balizará as conclusões, insights e críticas do giro descolonial do poder (Pazello, 2014c, p. 345).

Ou se é insurgente (sublevando, subvertendo, revolucionando), na periferia, ou não se é crítico. E, poderíamos dizer, vice-versa. O “crivo epistemológico” não é nem particularista nem xenófobo, mas vigilante em face de determinismos e reducionismos. O “crivo histórico e cultural” é, sem embargo, um componente da crítica que origina a insurgência. No entanto, é um componente conjuntural. Um elo teórico menos sólido que o último dos aspectos que gostaríamos de ressaltar, vale dizer, a crítica como critério (Pazello, 2014c, p. 346)

Se as duas primeiras dimensões originárias da crítica eram a crítica, nos termos do materialismo histórico, e o crivo, conforme a teoria marxista da dependência, qual o seu *critério*? O critério da insurgência é a práxis! (Pazello, 2014c, p. 346), apoiando-se na segunda tese contra Feuerbach, Pazello nos lembra “é na práxis que o ser humano tem de provar a verdade, isto é, a realidade e o poder, o caráter terreno de seu pensar (tese 2)”. Recordando ainda a formulação maoísta, segundo a qual muitas teorias poderiam ser incorretas, mas ao serem verificadas na prática, tiveram seus erros corrigidos (Pazello, 2014c, p.346-347). Devo destacar que não obstante a práxis seja o critério da verdade, na posição de teóricos, ela é mediada por uma teoria da organização política, pois não se pode prescindir da mediação concreta da organização coletiva das classes populares (Pazello, 2014c, p. 347), ou seja, os movimentos populares erigem-se em critério prático para a crítica insurgente, na dimensão da sua factibilidade.

A questão a respeito da relação entre Teoria e Práxis perpassa, como se sabe, toda a tradição hegeliano-marxista, e, conquanto Ricardo Pazello nitidamente não se filie a esta, mesmo assim faz questão de demarcar suas diferenças do projeto explicitado por Max Horkheimer no clássico “*Teoria Tradicional e Teoria Crítica*”

A crítica, assim, é algo mais do que a possibilidade de uma teoria crítica, pois tem a ver com uma fundamentação insurgente. *Horkheimer estava correto ao dizer que “a consideração que isola as atividades particulares e os ramos de atividades juntamente com os seus conteúdos e objeto necessita, para ser verdadeira, da consciência concreta da sua limitação” e, para tanto, “é preciso passar para uma concepção que elimine a parcialidade que resulta necessariamente do fato de retirar os processos parciais da totalidade da práxis social”.* No entanto, sua conclusão não pode esquivar-se da crítica como mais que teoria. É por isso que secundamos a dimensão fenomênica com a originária, para explicar a insurgência. Marx deu azo para uma teoria crítica: “é certo que a arma da crítica não pode substituir a crítica

das armas, que o poder material tem de ser derrubado pelo poder material, mas a teoria converte-se em força material quando penetra nas massas” [...]. Da arma da crítica (a crise pelo materialismo histórico e o ¹¹³crivo latino-americano) à crítica das armas (o critério dos movimentos populares resistentes, rebeldes e, enfim, revolucionários), toda uma dimensão da insurgência se constitui. (Pazello, 2014c, p. 348, destaques meus)

3.3. Crise do Constitucionalismo como Crise de Representatividade

O Instituto de Pesquisa Direito e Movimentos Sociais – IPDMS surgiu em 2012, congregaram-se nele uma nova geração de intelectuais progressistas, dentre os quais alguns marxistas que insistiram na manutenção de um Grupo de Trabalho denominado “Direito e Marxismo”. Com uma formação perpassada pela militância nas assessorias jurídicas populares (AJPs) foram influenciados pelo Direito Insurgente e pela filosofia da libertação. Desde fins da década de 2000, debatiam as transformações jurídicas pelas quais passaram muitos países latino-americanos, especialmente a Bolívia e o Equador. Ainda que, marxistas, considerem-se à esquerda dos entusiastas do novo constitucionalismo latino-americano, devemos nos lembrar que este é um movimento plural e heterogêneo.

Não por acaso, vejamos como Pazello se refere ao movimento constituinte de 1987-1988 no início do texto de sua tese doutoral:

Desde o processo de reconstitucionalização pelo qual passou o Brasil e que foram guardadas as especificidades de cada país, relativamente equivalente em todo o continente latino-americano – a relação entre direito e movimentos populares não deixou de ser pauta de governos, partidos, sindicatos, assessorias, mídia e empresariado, ainda que por vias distintas e de acordo com interesses destoantes. Diante disso, entendemos que a reflexão que ora trazemos a público enreda-se no tempo presente, a partir de seus reclamos por mudanças. (Pazello, 2014c, p.18, destaques meus)

Assim como reconstruí as demais abordagens sob o arco temporal das crises do projeto constituinte na década de 1990 e 2010, é lícito testar a perspectiva do Direito Insurgente, sua potência crítica, factibilidade tática e coerência prática no horizonte da crise do projeto constituinte vivenciada desde 2013.

Os novos regimes e as novas constituições latino-americanas acenaram junto ao florescimento da teoria crítica latino-americana na América Latina dando razão a Eric Hobsbawm para quem as esperanças socialistas se voltaram para o subcontinente desde a segunda metade do século XX em diante. É uma lição de difícil aprendizado para as esquerdas

que rupturas com a “ordem” tendem a catalisar efeitos regressivos exceto que o substrato social apresente intensa integração social. De certo, era este o cenário durante a crise do regime militar na década de 1980, com uma profunda organização da sociedade civil, mesmo a burocratização das esferas públicas pôde ser contornada no processo de transição. Todavia, não era o caso da sociedade brasileira em 2013 quanto multidões convulsivas ocuparam as ruas mediante graças à mediação das redes sociais e assumiram pautas tão difusas, conquanto imediatista, que não surpreende tenha sido capturada com tanta facilidade pela direita (Costa Júnior, 2017).

Nos são caros dois contextos. Por um lado, os protestos de junho de 2013 e a proposta de uma Assembleia Constituinte (duplamente Exclusiva e soberana). Estes teóricos estiveram particularmente engajados com o Direito Constitucional durante estes dois eventos. Outrossim, a crise do projeto de Estado de Bem-Estar Social Latino-Americano e o golpe sofrido por Dilma Rousseff parecem-me um caso-limite para todas essas teorias constitucionais: do ponto de vista dos participantes dos processos mediados jurídica, ou antes, constitucionalmente, por que denominamos “Golpe” o processo que interrompeu o mandato presidencial de Dilma Rousseff? E por que medidas como a Reforma Trabalhista e a Emenda Constitucional n. 95/2016 representam retrocessos? Neste caso, *como* designar essas medidas? Parece-me, pressupomos que as respostas a essas perguntas é evidente.

Entre os integrantes do IPDMS, Luiz Otávio Ribas, tomou a iniciativa de organizar uma importante obra coletiva denominada “*Constituinte Exclusiva: Um outro sistema político é possível*” (2014), reunindo publicações de importantes juristas do Novo-Constitucionalismo Latinoamericano como Jesús Antônio de la Torre Rangel, José Luiz Quadros de Magalhães, José Ribas Vieira, Roberto Gargella, Rubén Dalmau e autores do próprio IPDMS, particularmente relevantes para nós, Daniel Araújo Valença, Gladstone Leonel da Silva Júnior, Luiz Otávio Ribas e Ricardo Prestes Pazello. Em benefício da coerência com a estratégia reconstrutiva adotada, abordaremos a contribuição de Luiz Otávio Ribas e Pazello para o compilado, “Constituinte exclusiva: expressão de um direito insurgente” (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 58-69).

Para eles, os debates sobre a possibilidade de convocação de uma constituinte exclusiva para a reforma do sistema político orbitavam uma falsa polêmica, tratar-se-ia de uma questão de perspectiva: do ponto de vista da teoria constitucional, sempre interno ao ordenamento constitucional, tratar-se-ia de uma impossibilidade, no entanto pelo critério da “práxis crítica”, da “insurgência”, ressalvada a reflexão sobre os limites dos usos do direito e do horizonte político, bastava uma análise de conjuntura (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p.58). Neste particular, já se consideravam “vivendo a reapropriação do poder normativo pelo povo”

(Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 58). Como o Direito Insurgente é uma proposta de crítica estrutural mediada pelo compromisso com a práxis jurídica dos movimentos sociais, cabia-lhes aliar técnica jurídica e política.

A conjuntura consistia em que “os movimentos sociais trazem à cena uma disputa ideológica sobre o que uma constituinte poderia agregar para um projeto político de aprofundamento da democracia” (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 59) questão secundada pela resposta positiva acerca da viabilidade de alcançar “esta síntese numa constituinte exclusiva, proposta apresentada pelo governo federal no auge das manifestações” (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 59), especialmente através do plebiscito popular para a constituinte pelo qual trabalhavam.

Para os autores tratava-se de uma “crise da democracia representativa”, traduzida no “abismo entre representantes e representados” é sintetizada numa crise “de nossa constituição como pacto dela redemocratização e traduz um direito constituído para controlar a organização dos trabalhadores e obstar suas reivindicações (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 58), uma crise da constituição, portanto, enquanto crise de representatividade.

Em face do diagnóstico da teoria constitucional afastada da práxis e de um movimento social insurgente, a reivindicação de uma Assembleia Constituinte Exclusiva e Soberana, de uma constituinte duplamente exclusiva, uma vez que composta por constituintes eleitos exclusivamente para a elaboração da revisão constitucional que consumada dissolveria a própria assembleia, mas também porque se ocuparia exclusivamente do tema da reforma política. Lado outro, a Soberania dessa assembleia decorreria da aptidão para a revisão parcial da Constituição, o que discursivamente se contrastou com os supostos déficits democráticos e de soberania da Constituinte de 1987-1988. Resgatando o debate sobre a memória da transição e do processo constituinte brasileiros, lembravam que a constituinte foi convocada por uma Emenda à carta de 1967/1969 consoante critérios da antiga ordem. Destacaram ainda a não-exclusividade da Constituinte, na realidade tratava-se de um Congresso Constituinte encarregado do exercício do Poder Legislativo por meio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas alternadamente encarregado do exercício do Poder Constituinte nesta hipótese funcionando em sessões unicamerais. Por isso, tomaram parte na constituinte também os senadores biônicos indicados pelo regime. Tratava-se, em síntese, de uma Constituinte não exclusiva e não soberana, inclusive porque não foi fruto de nenhuma ruptura revolucionária e que comportava agentes da ordem autocrática anterior. Ou seja, essa reivindicação da Plenária dos Nacional dos Movimentos Sociais não só é adequada, como representa uma reapropriação

do poder normativo pelo povo mediante a qual “os movimentos sociais revisam a teoria constitucional corrente” (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 60).

Uma crise constitucional vivida como crise de representatividade contra a qual se insurge um sujeito coletivo propondo uma constituinte, uma reformulação da “forma-constituição”. Na leitura de Pazello e Ribas, “[faz] total sentido uma das primeiras reivindicações desenhadas pelos movimentos sociais: a construção da democracia participativa e o aperfeiçoamento da democracia representativa” (Pazello et Riba in Ribas, 2014, p. 62).

Desafia-nos mais uma vez a “[concretização], em definitivo, do desafio à categoria dos juristas: fazer a teoria acompanhar a realidade ou fazer a realidade adequar-se à teoria?” (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 60). A relação entre a “forma movimento social” e a “forma[-constituição]” devém das relações sociais efetivas, não das normas jurídicas, inclusive essa forma pode e deve ser forjada pelos movimentos sociais contra todo o direito fetichizado da ordem vigente, este sujeito coletivo pode atuar dentro da ordem reivindicando a constituinte exclusiva como reformulação da forma constitucional, em que se sua práxis transcenda a própria forma constitucional, na medida em que pode introduzir conteúdos tão contraditórios e incompatíveis que resultem na “autoaniquilação” da mesma (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 61). Em síntese, o que diferencia o Direito Insurgente é tanto a superação dos horizontes da ordem vigente quanto a sua incorporação de dialeticamente mediada. Por um lado, a dialética entre instituinte e instituído – dos usos políticos à releitura do instituído à afirmação de âmbitos ou transições instituintes – é absorvida e mediada dialeticamente em uma proposta teórica que também divisa um “princípio de anti-instituição do direito em favor de outras formas sociais”: a proposta dialética do Direito Insurgente ordena-os numa totalidade coerente.

Não assistiria sequer razão aos temores dos opositores da constituinte, a questão seria de ordem “técnica”:

[...] o sistema político é apenas aquele atinente às partes específicas da atual constituição: capítulos IV (“Dos direitos políticos”) e V (“Dos partidos políticos”) do título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) e o Título IV (“Da organização dos poderes”). Obviamente, com o adendo de que há expressado reconhecimento das cláusulas pétreas do artigo 60, §4º (...), ainda que elas se refiram às emendas constitucionais, o que não é exatamente o caso das deliberações de uma constituinte exclusiva que, nesse sentido, encontra-se mais próxima do poder constituinte derivado dos estados (art. 25) e da revisão constitucional (art. 3º, ADCT).

Sob estas hipóteses, é completamente defensável uma constituinte exclusiva, previamente orientada a uma temática específica, a qual em nenhum momento vai pôr em risco, por exemplo, o “pluralismo político” (art. 1º, V) ou a competência sobre elaboração de políticas públicas, como objetam os recalcitrantes constitucionalistas em face da largueza da noção de “reforma do sistema político. (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 62-63)

No entanto, revelam-nos que podemos aprender com a história do constitucionalismo (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 63). É que o processo constituinte é produto de uma tensão constitutiva entre política e direito, as regras jurídicas da constituinte influenciam o resultado das lutas políticas, inclusive na Constituição que resulta dele.

Foram apresentadas 122 emendas populares, mas que tiveram reduzida influência num processo de despopularização da constituinte. Porque a constituinte congressual ‘que roubou o lugar de uma verdadeira Assembleia Nacional Constituinte acabou levando para Brasília um número muito reduzido de constituintes realmente identificados pelos clamores populares’. Os congressistas não se interessaram por este bem concebido instrumento de participação popular. Ademais, as emendas não tiveram o alcance merecido inclusive por barreiras jurídicas colocadas pelo regimento interno. (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p.64)

Particularmente, não se deve subestimar a importância do regimento interno, pois a história nos ensinaria que

A importância tático-política deste regimento só foi percebida por um dos lados no curso do processo. A primeira comissão reunida para o anteprojeto, a Comissão Afonso Arinos, ou Comissão dos Notáveis, sequer se preocupou em estabelecer estas regras. Na instauração da Constituinte Congressual, coube ao Senador Fernando Henrique Cardoso a relatoria do Regimento Interno, que foi decisivo em muitas votações (Pazello et Ribas in Ribas, 2014, p. 64)

As fontes utilizadas para a esta reconstrução histórica se resumem no livro de José Gomes da Silva “O Buraco Negro. A Reforma Agrária na Constituinte”, cujo relato exemplificaria um dos casos em que “a importância tático-política deste regimento só foi percebida por um dos lados”, mas também a obra do cientista político Adriano Pilatti “A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo”.

O rigoroso estudo de Adriano Pilatti recorta as disputas sobre a Ordem Econômica e as reconstrói passo a passo, com riqueza de dados estatísticos, tabelas e comparações. De posse de fontes bastantes, a análise qualitativa e a reconstrução foram viabilizadas mediante o recorte entre deputados constituintes progressistas e deputados constituintes conservadores. Em que pese a composição majoritariamente conservadora do Congresso Constituinte e o seu controle sobre a elaboração do Regimento Interno, conforme nos lembram Pazello e Ribas, Pilatti conclui seu trabalho da seguinte maneira:

a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 desencaminhou-se, desprendendo-se dos desígnios de seus primeiros criadores. O resultado dos trabalhos acabou por parecer mais afeiçoado ao modelo desejado pelas forças progressistas minoritárias em

seu interior do que ao modelo pretendido pelo conservadorismo majoritário que a partejou. A pesquisa que ora se encerra permite afirmar que boa parte das razões dessa "errância" pode ser encontrada no seu processo decisório endógeno, para além das difusas aspirações e mobilizações por mudanças que caracterizam, então, o contexto sócio-político nacional. Uma série de decisões autônomas da própria Constituinte da bancada majoritária, algumas consequências inesperadas, outras resultantes da incorporação de costumes consagrados na política parlamentar dinária, outras, ainda, creditáveis ao acaso, pré-condicionaram as possibilidades de incorporação, À Constituição aprovada, de inúmeros conteúdos típicos da agenda progressista. (Pilatti, 2020, p. 311-312)

Com efeito, os fatores que convergiram para esse desconcerto foram a ação das lideranças partidárias nas várias hipóteses previstas pelo regimento interno. Em segundo lugar, a pressão da reivindicação por participação efetiva no processo decisório postulada por deputados do chamado "baixo clero", disso resultou o conteúdo analítico desejado pelos progressistas. Em terceiro lugar, encerrada a elaboração regimental, mesmo os correligionários do Presidente Ulysses Guimarães reagiram contra a concentração excessiva do poder em suas mãos, como resultado o progressista histórico Mário Covas do MDB, para a surpresa de todos, foi eleito Líder da Maioria, o que viabilizou uma democratização seletiva e estratégica do processo decisório, na medida em que Covas designou preferencialmente progressistas para a relatoria das Comissões e Subcomissões Temáticas (Pilatti, 2020, p. 312-313).

O uso estratégico do Regimento Interno permitiu aos progressistas a vitória em todas as Comissões e Subcomissões, com diferentes correlações de força, é claro. As únicas duas exceções, pertencentes à "fase termidoriana da Constituinte" foram, primeiro, as deliberações sobre o mandato presidencial e o exemplo escolhido por Pazello e Ribas, a Reforma Agrária:

Ao iniciar-se o que era esperado como a suposta revanche do Plenário, uma derrota preambular e o buraco negro da propriedade abriram caminho ao retorno dos líderes de todas as bancadas ao prosclênio. O caminho das negociações prévias implicava concessões e sepultou de vez a pretensão de uma definição unilateral, mesmo pela maioria do novo texto constitucional. A dinâmica enfrentamento-negociação-acordo encontrou nas fusões de emendas o vetor adequado para que a Elaboração Final da Constituição seguisse, como regra, o caminho do consenso, que não se constrói a não ser que a maioria ceda algo. E cedeu, a o menos naquelas questões em que o campo conservador poderia ser dividido em seus pontos de conexão com forças pró-Estado, pró-Congresso e pró-capital nacional: monopólio estatal das telecomunicações, definição de empresa e mercado nacionais, exigência de controle tecnológico nacional, nacionalização da exploração mineral e hidráulica, monopólios estatais do petróleo e seus derivados, do gás e dos recursos nucleares, controle do Congresso Nacional sobre concessões de rádio e televisão. Em função da própria dinâmica de busca de entendimento que atravessou praticamente todo o processo, é importante ressaltar que, como regra, os acordos foram cumpridos em todas as etapas. A solitária e ainda assim episódica exceção foi representada por algumas atitudes do irascível líder do PFL, José-acordo-é-com-o-raio-que-os-parta-Lourenço, a mais autêntica liderança fundamentalista do partido da ordem do Processo Constituinte. (Pilatti, 2020, p. 314-315)

Por essas razões iminentes à argumentação de Pazello e Ribas, algumas questões se impõem. Em primeiro lugar, da perspectiva do participante, não tenho certeza se o “aprendizado” possível com a história é este que destacaram. Aliás, tampouco me parece adequada a alusão à Campanha pela Legalidade capitaneada por Leonel Brizola como um outro exemplo de aprendizado acerca da importância da insurgência no decurso da história brasileira lida como um processo de aprendizagem de longa duração com o direito e com a política (Cattoni de Oliveira in Cattoni de Oliveira, 2020, p.1-60). Isso porque, na realidade, como o demonstra Cristiano Paixão (2014), em que pese o espectro do Golpe tenha rondado a experiência democrática brasileira entre a promulgação da Constituição de 1946 até o Golpe Militar de 1964, foi precisamente a tensão entre legitimidade e efetividade mediada pela legalidade constitucional que permitiu a continuidade dessa experiência, seja mediante o golpe preventivo do Marechal Lott, seja mediante a Campanha da Legalidade, seja mediante o plebiscito que restaurou os poderes presidenciais de João Goulart, submetido a um esdrúxulo semipresidencialismo na barganha com as forças da reação quando Jânio Quadros renunciou ao seu mandato e seu vice-presidente, eleito pelo sistema de chapas com candidaturas autônomas para vice-presidente e presidente, estava em visita à China Comunista. Talvez a experiência mais aproximada da insurgência dessa época seja a Campanha pelas Reformas de Base, inclusive pela Reforma Agrária, a partir de 1963, quando a Constituição passou a se tornar um embargo ao avanço das forças progressistas e tanto Leonel Brizola quanto João Goulart encamparam o discurso da soberania do povo, por um lado, assim como a soberania da nação, por outro, em um arroubo anti-imperialista, em detrimento da legalidade, reputando necessário, inclusive a convocação de uma nova constituinte, mais avançada, menos dilatória quanto à ordem econômica do que a silente Constituição de 1946. Coincidentemente, o recurso a uma ditadura comissária, capaz de restaurar a legalidade ameaçada, mais uma vez foi entregue às mãos dos militares, ainda que tenham explorado o próprio discurso revolucionário para se manter décadas no poder desde então. Este esforço de memória levou-me a outra insurgência semelhante, o Levante Comunista de 1935, a qual, embora não tenha sido condição suficiente e nem condição necessária, forneceu razões para o golpe que instaurou o Estado Novo.

Uma questão de ordem lógica muitas vezes, ao menos retrospectivamente, pode passar ao largo. No entanto, entre os anos de 2014 a 2015, o Partido dos Trabalhadores e outras pessoas associadas à esquerda viveram sob os arbítrios da Operação Lava-Jato, assim como das Operações ostensivamente publicizadas da Polícia Federal. Já se sabia que o mandato presidencial da Presidenta Dilma Rousseff, questionado desde o primeiro momento de sua reeleição por Aécio Neves corria riscos graves. Por isso mesmo, os teóricos do Direito

Insurgente não titubearam em apoiar o Partido dos Trabalhadores contra as investidas reacionárias, a denunciar o golpe perpetrado contra a Presidenta Dilma Rousseff. Essa rotina da força-tarefa da República de Curitiba, da Polícia Federal e o Impeachment eram ameaças concretas e sérias ao constitucionalismo democrático brasileiro. Inarredavelmente, foi pressupondo a legitimidade e a efetividade das normas constitucionais promulgadas pelo constituinte de 1988 que estes atores o reivindicaram (Cattoni de Oliveira; Gomes, 2016, p. 68).

Como se pode perceber, as críticas ao processo de Impeachment baseado na alegação de suposto cometimento de crime de responsabilidade pela Presidenta da República quanto à Operação Lava Jato encontram seu ponto de apoio na Constituição de 1988. A tensão política e jurídica, apresenta-se, então, da seguinte maneira: defender a Constituição contra as tentativas de ruptura institucional que desrespeitam as garantias próprias do Estado Democrático de Direito com ela instituído. Em termos mais diretos, defender a Constituição contra qualquer tentativa de golpe. Todavia, mesmo nesse contexto não falta quem opte por um caminho distinto: posicionar-se contrariamente ao processo de impeachment desprovido de lastro jurídico e aos demandas da Operação Lava Jato, mas atacar, concomitantemente a Constituição de 1988 como uma Constituição limitada, cujos limites seriam exatamente uma condição de possibilidade dos desrespeitos em curso efetuados por setores específicos da sociedade brasileira, setores esses historicamente alheios e avessos às reivindicações populares. Para as pessoas, grupos e movimentos sociais que adotam esse caminho, a alternativa final seria, não defender a Constituição de 1988 e lutar pela sua preservação, mas buscar uma nova Constituição elaborada por uma nova Assembleia Constituinte (Cattoni de Oliveira et Gomes, 2016, p.68-69)

Como defender a ilegitimidade do Impeachment, das Operações da Polícia Federal e do *modus operandi* da Força-Tarefa da Lava-Jato se o fundamento normativo dessas pretensões de validade levantadas é exatamente a constituição de 1988 que se busca erodir com a convocação de uma nova constituinte? Como já expus acima, os membros do IPDMS já debatiam os fenômenos do novo constitucionalismo latino-americano atentamente há alguns anos, e a própria proposta de uma “Assembleia Constituinte Soberana e Exclusiva” é fruto desse caldo cultural que se acreditou encarnar, súbito, nas Jornadas de Junho.

Naturalmente, estou debatendo com juristas que respeito, do contrário não devotaria todo um esforço de reconstrução para responder às perguntas que, conquanto me pareçam problemáticas, não têm soluções evidentes. Essa explicitação é importante por razões pragmáticas,

Há, portanto, uma deontologia envolvida em todo ato de linguagem sério e literal, realizado de acordo com convenções aceitas, segundo Searle, e essa deontologia tem uma propriedade lógica crucial, que [Searle] considera essencial para a criação da realidade institucional: ‘a criação de uma deontologia de compromissos, como também de direitos, deveres, obrigações etc., cria razões, independentes-do-desejo para a ação’ (Calvet de Magalhães, 2011, p. 248)

Em um único texto de intervenção, os autores fazem tábula rasa da história constitucional, mesmo se consideradas estritamente as fontes que utilizam e, com base nesse preconceito histórico, propõem uma medida política de sérias consequências institucionais para uma comunidade de princípios, a realização de uma nova Assembleia Constituinte. Nesse sentido, mais que uma contradição performativa, explícito os riscos éticos e políticos imputáveis ao emissor, que a mediação extralinguística entre teoria e práxis pode trazer.

Tanto mais grave porque ao contrário do que sustentam os autores (Pazello et Ribas, 2014, p.79) há não só obstáculos de ordem dogmática, mas de ordem lógica à convocação de uma constituinte exclusivamente afeta à reforma política,

Em relação ao segundo aspecto, contudo, há um problema teórico insuperável: uma Assembleia Constituinte que estivesse desde o início limitada em sua atuação propriamente constituinte não poder ser tomada como um órgão constituinte, mas tão somente como um órgão constituído. Isso não deriva de nenhum apego absoluto à Teoria do Poder Constituinte clássica, mas de um apego irrenunciável à lógica: aquilo que é constituinte não pode encontrar limites previamente constituídos; se o encontra, não é constituinte, mas apenas constituído por aquele outro algo que lhe estabeleceu os limites prévios. A teoria pode, por suposto, imaginar essa situação e descrevê-la como sendo a de uma Assembleia Constituinte duplamente exclusiva. O crivo, porém, para a ferir a validade e a adequação de um determinado corpus teóricos é sua capacidade de demonstrar coerência e consistência internas, *o que não parece ser o caso quando regras inafastáveis do raciocínio lógico são transgredidas* (Cattoni de Oliveira; Gomes, 2016, p. 85-86, *destaques meus*)

Voltando ao problema da legitimidade da constituinte, reafirmo que o problema não é de *exercício de memória*¹¹⁴ (Cattoni de Oliveira, 2006, p.41-43), mas de história constitucional, neste caso, como a constituição é um empreendimento público e coletivo, e nesse sentido é um projeto político que permite à sociedade refletir sobre si mesma, sobre quem é e o que quer ser

¹¹⁴ Ao propor o resgate da legitimidade do projeto constituinte, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira criticava a posição originalista do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, para quem, o fato de ter sido outrora deputado constituinte autorizava um “exercício de memória” sobre o processo constituinte de 1988 no lugar de um “exercício de história”, *ironicamente*: “Qual seria o exercício de memória que nós deveríamos fazer? Aliás, *exercícios de memória*, ao contrário do que possa ou queira parecer, sempre implicam uma reconstrução ou resgate crítico-reflexivo de partes de uma história que, no caso, também nos constitui. Assim, qual é a reflexão ou autorreflexão que nós deveríamos fazer em relação a esses pouco mais de 15 anos da Constituição, ou de reconstituição, da República, no Brasil? Afinal de contas, qual é a nossa memória do processo constituinte de 1987-1988? Seria a mesma do Exmo. S. ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal? Seria a de um processo constituinte tão-somente conduzido por lideranças partidárias privatizadas, encasteladas que teriam atuado sem audiências e sem a possibilidade de propostas de emendas populares, sem a menor contribuição diuturna por parte dos setores organizados e mobilizados da sociedade, inclusive sem a pressão, até mesmo, do Palácio do Planalto? Sem ao menos uma assessoria parlamentar decente e respaldada por seminários e debates especializados ocorridos à época por todo o país? Ou teria sido, ao contrário, ‘o processo constituinte de maior participação popular da história do Brasil?’ E de 1987-1988 até hoje, o que, afinal, foi constituído, e feito de nós, e que se nos apresenta como uma necessidade de reflexão crítica permanente e também de reconstrução teórico-política e jurídica, de resgate, que justamente se reinicia com esse exercício de *memória*? (Cattoni de Oliveira, 2006, p. 42-43)

¹¹⁵ (Menelick de Carvalho Netto, 1993), frequentemente o *projeto* constituinte é lembrado na sua projeção ao futuro, sem levar em conta que esse empreendimento aparentemente paradoxal só é plausível porque a Constituição não permite apenas uma articulação entre presente e futuro, mas entre memória e projeto, como um processo de aprendizagem de longa duração com o direito e com a política sujeito a tropeços, mas capaz de corrigir a si mesmo ao longo do tempo e, na medida em que se corrige, mediante uma espécie de dialética negativa, pode afirmar negativamente o que nós enquanto comunidades não queremos e não somos, e dentro do que desejamos e acreditamos ser, conceitos positivos como liberdade e igualdade podem ser “reduzidos” cognitivamente a um “precipitado” de não-liberdade e não-igualdade como reflexo dos nossos tropeços. Em síntese, há toda uma tradição já clássica de intérpretes da história constitucional brasileira: “para não poucos o ponto principal sobre o qual repousaria a legitimidade da *Constituição* de 1988 seria a inédita participação popular que nela se verificou” (Cattoni de Oliveira; Gomes, 2016, p. 84)

Aprofundando a síntese, posso retomar o conjunto de perguntas que me comprometi a responder no início dessa subseção.

O que foi o “Impeachment” de Dilma Rousseff? Um “golpe quantitativo”, na medida em que não alterou a posição relativa das classes no tabuleiro político, como quer Mascaró? Uma “ruptura constitucional”, um “fim das ilusões constitucionais”, como querem Gilberto Bercovici, Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Enzo Bello? (Bello; Lima; Bercovici, 2019; Bercovici, 2019). Um novo arranjo para a classe trabalhadora dos países periféricos pensado em função da segunda especificidade da forma jurídica dependente no Brasil, isto é, uma influência do processo de acumulação originária não só sobre a forma jurídica, mas sobre as normas jurídicas, sobre a legalidade? Se já respondi com Almir Megali Neto e David F. L. Gomes a essa questão do ponto de vista do observador (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in*

¹¹⁵ Nos termos de Menelick de Carvalho Netto, citando Laurence Tribe: “É indubitável que, pela ênfase que atribuo ao processo e à mudança, minhas concepções de natureza, de política e de estruturas constitucionais difiram fundamentalmente das de Sagoff. Para ele a “natureza” que merece proteção é definível em termos tradicionais; para mim, “concepções como harmonia, enraizamento na história, vinculação há muito convencional de “o natural.” Para ele, a política correta será sempre aquela para a qual o passado da sociedade aponta de forma clara e inequívoca, tal como revelada pelos símbolos contemporâneos de seus valores. Para mim a política “correta” é a escolhida para não imitar um passado idealizado, mas para buscar, ainda que ao nível da tentativa, um futuro imaginado. Para ele a Constituição é um repositório dos ideais culturais e históricos; para mim, uma estrutura (*framework*) procedimental de aprendizado a longo prazo – uma “concepção idealizada de como a mudança deve se processar” – ou seja, ela própria em contínua mudança, em direção, podemos esperar, a um consenso de fins últimos cada vez mais autêntico, porque cada vez menos impositivo. (TRIBE, Laurence. From Environmental Foundations to the Constitutional Structures: Learning from the Future of Nature. **The Yale Law Journal**, vol. 84., 1975, p. 556 *apud* CARVALHO NETTO, Menelick de. **Brasil, a Encruzilhada Institucional Ínsita ao Procedimento de Revisão Constitucional**: Civilização ou Barbárie. Belo Horizonte: 1993. p. 13. Manuscrito Inédito.)

Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p. 133-162), ela também pode ser respondida do ponto de vista do participante – o que faço em diálogo mais uma vez com Almir Megali Neto – pois houve um processo de Impeachment e o Supremo Tribunal Federal teve diversas oportunidades para reiterar a sua competência para o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade sobre “questões políticas” ou “matérias *interna corporis*” (Megali Neto, 2020, p.277-291). Nos debates em torno da ADPF n. 378 (Megali Neto, 2020, p.166-219), o STF reiterou seu entendimento histórico excepcionando as questões que rondavam o processo de Impeachment com relação às matérias *interna corporis*, fê-lo porque o direito é, do ponto de vista do participante, uma prática social, argumentativa e interpretativa que, por isso mesmo, não é propriedade de ninguém, nem mesmo se sujeita à tutela (Megali Neto, 2020, p.310-346). Se o golpe aconteceu e o Supremo Tribunal Federal acovardou-se permitindo o desenlace de um processo eivado de vícios e de caráter misto, político e penal, chegasse ao provimento, à sanção de destituição da Chefe de Estado e de Governo da Nação sem crime de responsabilidade previamente existente, o que ademais também se desenvolveu em caráter contraditório, pois produziu-se um inédito “fatiamento” da sanção, permitindo que se deliberasse pela destituição da presidenta e/ou sua inelegibilidade em apartado (Megali Neto, 2020, p. 292-309), a própria possibilidade de se ter expressado o “golpe” *in continenti*, reforçou que a constituição brasileira de 1988 é legítima e efetiva (Cattoni de Oliveira, 2023a, p. 119-130), pois hoje ainda mais que ontem sabemos porque foi golpe: porque a Câmara, atuando como *tribunal de pronúncia*, ofertou uma denúncia sobre um *fato atípico*, gerando o afastamento da Presidenta Dilma Rousseff, por sua vez o Senado *a condenou à destituição*, e muitos Senadores que o fizeram, não optaram por aplicar-lhe a sanção de inelegibilidade, o fizeram em consideração pública à probidade de Dilma Vana Rousseff. *Enquanto sociedade nós aprendemos muito com este processo.*

Com este último argumento alcanço também a última questão que coloquei: como qualificar processos como a Emenda Constitucional n. 95 e a Reforma Trabalhista? Acredito já ter respondido a esta pergunta. Do ponto de vista da história constitucional foram tropeços com os quais podemos aprender desde que façamos história e não exercícios de memória. Da perspectiva do participante dos processos mediados constitucionalmente só é possível decidir diante de um caso concreto: quanto à EC 95/2016 ela é inconstitucional por vício de inconstitucionalidade formal, nominalmente: afronta ao princípio democrático, garantido como cláusula pétrea pelo art. 60, §4º, CRFB. Não me surpreende que a argumentação de todos os marxistas reconstruídos tenha enveredado pelo vício de inconstitucionalidade material: é uma falsa boa ideia, a princípio um modelo neoliberal também pode se comprometer a realizar os

objetivos fundamentais do Estado Brasileiro e os preceitos da ordem econômica, as possibilidades derivadas de modelagens econométricas hoje abrem inúmeras possibilidades aos economistas: mas a história também tem um papel relevante aqui: um modelo econométrico à lá Chicago Boys implementado por Pinochet na ditadura chilena ou por Paulo Guedes no Brasil é um modelo que nega o conteúdo dirigente da Constituição brasileira. Aludi à minha não surpresa com a busca pela inconstitucionalidade material da EC 95/2016: se nós pudemos aprender muito enquanto sociedade com o direito e com a política, *a tradição marxista tem muito o que aprender sobre as consequências práticas das suas posições acadêmicas a respeito da relações entre a democracia e o constitucionalismo assim como entre os problemas da legalidade, da legitimidade e da efetividade constitucionais que implicam a própria constitucionalidade* (Gomes, 2022; Cattoni de Oliveira, 2023a).

4. A TRADIÇÃO HEGELIANO-MARXISTA DA ESCOLA MINEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL: “A SERIEDADE, A DOR, A PACIÊNCIA E O TRABALHO DO NEGATIVO”

4.1. Constituição, Constitucionalismo e Sociedade: a contradição interna ao conceito de constituição e a mediação dialética de seus momentos

Na medida em que apresentei críticas às propostas de Teorias Marxistas da Constituição, faz-se necessário explicitar o meu próprio ponto de partida. Como toda a tradição permanece viva enquanto se desenvolve, é despendendo-me demorar na explicação do porquê – justamente agora – apresentar uma reconstrução tão sumária: a filiação à tradição hegeliano-marxista que compartilho com David F. L. Gomes e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira apesar de esta mesma tradição ter se cristalizado em determinados alicerces. Especialmente a aquisição de um conceito de constituição moderna, o esclarecimento da relação interna entre constitucionalismo e capitalismo, a explicitação de por que o lugar ocupado pelo Brasil no sistema-mundo interfere na manifestação do fenômeno universal do *constitucionalismo* e por fim a interpretação da atual *crise constituinte* que ora vivenciamos.

A procura por um conceito moderno de constituição confunde-se com o próprio estatuto teórico da Teoria da Constituição conquanto os elementos conformadores deste conceito nem sempre sejam suficientes, como é o caso da notória ausência da determinação econômica (Gomes, 2018, p. 124-125): quando muito *constitucionalismo* e *capitalismo* aparecem externamente relacionados (Gomes, 2018, p. 125). Conforme o explicitado, este é o caso da

constelação de categorias teórico-constitucionais reconstruídas sob o conceito de “*Utopismo Constitucional*”, enquanto aquele é o caso dos fragmentos de uma Teoria da Constituição reconstruídos em torno dos conceitos de “*Nilismo Constitucional*” e de “*Dualismo Constitucional não Mediado*”.

Esta relação interna entre o conceito moderno de constituição e o modo de produção capitalista – sistema de produção econômico moderno – é explicitada para que se esclareça como a Teoria da Constituição pode apreender seus limites e suas possibilidades confrontada com os imperativos sistêmicos característico do capitalismo (Gomes, 2018, p. 125). Diferentemente de uma abordagem alicerçada na “História dos Conceitos” como a projetada pelo *Utopismo Constitucional* “o que [...] interessa sob a rubrica do conceito de ‘Constituição’ é o correspondente abstrato de uma ordem lógica de estruturação do mundo que se tornou necessária a partir das mudanças materiais conflagradas na Modernidade” (Gomes, 2018, p. 126).

A relação entre constituição e democracia nos pareceu dilemática ao longo das reconstruções sucessivas de Teorias Marxistas da Constituição desenvolvidas no Brasil, no entanto, de que maneira este dilema se desfaz, ou antes, como o conceito de constituição lida com a sua inelutável determinação temporal?

O direito medieval consistia em dar a cada um o que é seu; é a coisa devida em razão da posição estamental; é a coisa devida em razão da posição estamental, ocupada por nascimento, no interior da sociedade, do universo. Sob a autoridade da tradição e da tradição da autoridade, o eterno é o que se revela na passagem, que não passa, do tempo: o eterno é o que sempre se deveu. A mudança semântica do conceito de constituição, por exemplo, é acompanhada e acompanha aquele deslocamento temporal. Da Constituição medieval, mista, como conjunto de tradições jurídicas que se conformam à identidade cultural de uma sociedade política [...], à *constituição moderna* como estatuto jurídico do político, e adiante também do social, no sentido, p. ex., de Gomes Canotilho [...].(Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 145, *destaques meus*)

No entanto, no século XVIII e no século XIX, a constituição moderna passa a relacionar-se com tempo histórico articulando memória e projeto a partir de uma *invenção*: a distinção entre um *direito constitucional* e um direito inconstitucional, entre um direito superior ao qual o demais direito inferior deve submeter-se sob pena de invalidade ou ilegitimidade (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 145). Do direito como coisa devida ao direito como dever-ser (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 151), o deslocamento temporal do direito do passado ao futuro é *observado* (como em Luhmann) como uma aquisição evolutiva, uma estrutura que acopla direito e política ao mesmo tempo que os diferencia, possibilitando prestações recíprocas entre os dois sistemas (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 147). O deslocamento do fundamento da legitimidade do

passado em direção ao futuro significa que o direito válido e legítimo deve ser verificado e interpretado *a posteriori*, assim como a própria legitimação de toda a ruptura revolucionária com o direito legitima-se posteriormente mediante a verificação de uma condição de eficácia geral no sentido da teoria do poder constituinte kelseniana (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 147).

Reconstruído (em Habermas) como abertura da constituição para o futuro, esse deslocamento temporal do direito é interpretado como uma relação entre Estado de Direito e Democracia tensionada no tempo histórico, o fundamento de legitimidade de uma constituição emerge de sua abertura ao futuro e não em um marco fechado do passado. Dessa forma “as constituições democráticas podem ser interpretadas como um processo político e social de aprendizagem de longo prazo, no curso do tempo histórico, sujeito a tropeços, mas capaz de corrigir a si mesmo (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 148), relativizam-se as distinções entre poder constituído e poder constituinte porque no exercício da autonomia pública ao longo do tempo os cidadãos podem rever as condições materiais de justiça para a garantia de sua autonomia privada mesmo que não lhes seja dado renunciar a esse *medium* (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 148).

Desconstruída (com Derrida) a *fundação como promessa*, o direito jamais coincide com a *justiça* que por sua vez nunca se subsume ao *direito*, a legitimidade do constitucionalismo moderno projeta-se ao porvir (*avenir*), mas não ao futuro (*futur*), é como *abertura* e não como *fechamento* que este deslocamento temporal é desconstruído (Cattoni de Oliveira, 2023b, p.148). Por isso Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira fala em um *constitucionalismo aberto ao por-vir* cujo *fundamento ausente*, do qual não sentimos *falta* por traduzir-se em *ausência assimilada*, mais que se deslocar do passado ao futuro, é um *constitucionalismo out of joint* (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 148-149).

Como procuro sustentar, para além de uma democracia inesperada e mesmo uma democracia porvir, essas reflexões contribuem para a tese da *democracia sem espera*. Numa chave de leitura *com e além de Derrida*, [...] diria que, no marco do que poderia ser considerado um *constitucionalismo por vir* em que direito jamais se identifica totalmente com as exigências principiológicas do constitucionalismo, a constituição democrática seria não apenas a própria expressão da *diferença (différance)* entre constitucionalismo e direito, mas também entre direito e política, por um lado, e política e democracia, por outro... Isso porque na constituição democrática, do ponto de vista de um constitucionalismo *por vir*, em que o constitucionalismo jamais se deixa reduzir ao direito, direito e política, por um lado, e política e democracia, por outro, estão implicados ao mesmo tempo em que se diferenciam entre si. Tal compreensão tem, portanto, implicações para a compreensão da democracia constitucional: pois se essa *diferença (différance)* é vivida como uma tensão permanente, “The identity of the constitutional subject” (nos três sentidos de *subject*, ou seja, sujeito, destinatário e matéria), para fazer uma alusão à obra de Michel Rosenfeld, jamais se fecharia: é uma identidade não idêntica a si, não presente a si – ela é sempre *por vir*... Passagem. Essa *imagem dialética* de Walter Benjamin

alegoricamente representada pelos limiares, pelos umbrais ou pelas soleiras de todas as portas do espaço-tempo e que se abrem para frente, um *ainda não*, e não para trás, um *não mais*.” (Cattoni de Oliveira, 2023, p. 149-150, *destaques do original*)

Nesta *passagem* o modo de produção capitalista alcançou um estágio de seu desenvolvimento após o qual lhe foi possível expandir-se segundo a sua *lógica imanente* “depurada de amarras que até ali eram ainda necessárias” (Gomes, 2018, p. 127).

A realização dessa lógica interna é internamente dependente de uma universalização da troca, uma *universalização da troca* que traz consigo consigo, universalização que traz consigo, por consequência, aquela troca que é a *conditio per quam* da *autovalorização do valor*: a troca, suposta, entre *capital e trabalho* (Gomes, 2018, p. 127, *destaques meus*)

Para E. Pachukanis, “a *relação jurídica* é a célula central do tecido jurídico (Pachukanis, 2017b, p.97) pois se a sociedade capitalista se apresenta como “uma enorme coleção de mercadorias” (Pachukanis, 2017b, p.97) as funções patrimoniais atomizadas pressupõem a troca econômica, particularmente por meio da forma jurídica contratual. No entanto, antes que a troca se torne a forma social por excelência, ela terá de desenvolver-se até se tornar uma espécie de segunda natureza. Progressivamente vão se sedimentando “sujeitos para trocar, objetos a serem trocados e formas determinadas para que a troca aconteça” (Gomes, 2018, p. 127). Enquanto todo um *corpus* jurídico feudal não for dissolvido o potencial lógico interno à troca não pode ser inteiramente vertido para o arranjo da produção e da reprodução econômica. Em breve no universo das relações de troca a condição de igualdade entre sujeitos iguais precipita três determinações: iguais sujeitos que trocam; objetos *equivalentes* na troca; e o próprio ato da troca enquanto *mediação* por meio da qual os sujeitos se colocam como trocadores de objetos equivalentes (Gomes, 2018, p. 128). Não só ela, também a liberdade será logicamente forjada na vivência prática da troca, para que qualquer pessoa se aproprie da mercadoria de outrem, é necessário antes que esta pessoa a ceda voluntariamente (Gomes, 2018, p. 129). Logo com o reconhecimento mútuo da condição de proprietários privados livres e iguais é a própria qualidade de indivíduo que tende a ser catalisada pelos processos de troca, na medida em que dissolve o sistema gregário (Gomes, 2018, p. 129).

A estrutura da troca demanda também bens livremente intercambiáveis na forma de sua equivalência, isto é, mercadorias da propriedade dos indivíduos trocáveis por meio de uma *forma de intermediação* (Gomes, 2018, p. 129-130), *nessa relação cuja forma é o contrato é*

que *se reflete a relação econômica* entre livres e iguais proprietários de mercadoria¹¹⁶ (Gomes, 2018, p. 130), então decorre logicamente da estrutura da troca a sua expressão jurídica: “sujeito *ou pessoa*, igualdade, liberdade, propriedade e contrato são categorias jurídicas que se revelam inicialmente na facticidade das trocas econômicas e que correspondem aos elementos estruturais dessas trocas” (Gomes, 2018, p.130) Logo, a transição do Medievalismo à Modernidade é o momento de gestação tanto de uma sociabilidade estritamente moderna quanto do seu reflexo, um direito moderno.

Todavia, a própria vivência prática da condição de igualdade e liberdade *nas* trocas será difundida em outras esferas da vida cotidiana emprestando ao *conceito de igualdade* os ares de uma obviedade – bem analisada – pouco natural na história humana antes mesmo da completa gestação do direito moderno (Gomes, 2019, p. 130). Por exemplo, na esfera da religião a Reforma Protestante faz-se atravessar por estas exigências igualitárias, já os seus impactos políticos – enquanto quebra da unidade da fé – induzem à erosão da legitimação religiosa do direito e da política e ao deslocamento da religião da esfera pública em direção à esfera privada, além disso a força dissolvente do capital atinge as próprias tradições impossibilitando também a legitimação tradicional do poder e das leis (Gomes, 2018, p. 131). Nesse sentido, Thomas Hobbes e sua “geometria política” representa uma ruptura com a filosofia política clássica enquanto filosofia prática: nele a legalidade é assimilada em termos cognitivos sem com resultados um tanto quanto ambíguos do ponto de vista da mediação entre vontade e razão (Habermas, 2013, p. 116-122).

O recurso ao artifício contratualista na sustentação de uma teoria da soberania é, contudo, extremamente ambíguo: procurando legitimar um poder soberano que deveria residir preferencialmente no monarca, afirma-se, a um só tempo, uma igualdade radical entre os indivíduos que integram a sociedade – que celebram, *entre si, o contrato e, com o soberano, o pacto*. Logo, dentro da arquitetura argumentativa estão postos os elementos para sua superação, não tardará tanto até que essa *desigualdade*, essa *hierarquia* entre rei e súditos, seja *questionado* com o *mesmo artefato contratualista* com que se pretendia mantê-la: em Jean-Jacques Rousseau e sua *soberania da vontade geral*, o potencial eminentemente político das *exigências igualitárias* se manifesta em todo o seu esplendor. (Gomes, 2018, p. 131, *destaques meus*)

As exigências de autodeterminação política, de autonomia pública, *conditio sine qua* não seria plausível o ideal de soberania nacional atribuída a um ente coletivo artificial, podem ser remontadas – ainda que através de sucessivas refrações e contínuas e complexas mediações

¹¹⁶ Portanto esta relação econômica é o conteúdo daquela relação jurídica.

– à estrutura material que lhe serve de base, uma sociedade estruturada sobre a economia de trocas capitalista (Gomes, 2018, p. 132). Não obstante, a pretensão de que os destinatários da lei sejam, em última instância, os seus autores não esgota o potencial semântico da autonomia na modernidade. Por isso,

o complexo formado por sujeito individualizado, igualdade, liberdade, propriedade e contrato já aponta para uma dimensão privada da autonomia: por meio desse complexo, ocorrem trocas privadas entre sujeitos privados que se relacionam em contratos privados com a recíproca oferta de objetos privados. (Gomes, 2018, p.132)

Essa compreensão complexa de autonomia estará à base da reconfiguração dos espaços que configuram o que até então se entendia por espaço privado e o que até ali se entendeu por espaço público, a esfera pública diferencia-se frente ao Estado e à Sociedade Civil (Gomes, 2018, p.133; Habermas, 2014, p.114-239). Na medida em que os espaços públicos se transformam, iluminados pela luta entre as classes, o Estado perde a exclusividade quanto ao público enquanto a burguesia avança como grande vitoriosa das Revoluções modernas, impondo uma divisão da dominação nos distintos do Estado burguês, proscrevendo o seu abuso (Gomes, 2018, p. 133). Simultaneamente, o capitalismo continua a desenvolver-se ampliando o domínio a humanidade sobre a natureza e a ela reconhecendo a faculdade de planejar o seu futuro, altera-se a própria percepção do tempo com o deslocamento do “horizonte de expectativas” frente ao “espaço de experiências”, o tempo acelera-se linearmente em direção ao progresso enquanto o futuro se distancia do passado (Gomes, 2018, p. 134). Assim, essas tensões acumuladas por três séculos se precipitaram na transição do século XVIII para o século XIX como exigências imanentes à estrutura da troca e os limites impostos a essa lógica imanente por um *corpus* jurídico feudal (Gomes, 2018, p. 135). As revoluções modernas marcam o paroxismo dessas tensões, resolvendo-as em benefício dos imperativos sistêmicos do modo de produção capitalista e das exigências normativas logicamente derivadas da estrutura da troca (Gomes, 2018, p. 135).

A constituição moderna, diferente das constituições medieval e antiga, tem a sua fonte de legitimidade projetada em sua abertura temporal ao futuro, no entanto

[...] a possibilidade de transformações no estado de coisas presente tem como seu outro lado o risco de que essas transformações sejam de tal monta que desestruturem completamente esse estado de coisas. No limite, isso poderia acarretar um perecimento das condições de vivência prática complementar das autonomias pública e privada – que, em certo sentido, traduzem e resumem o que seria tal estado de coisas presente. Para que esse risco seja afastado, para que o conteúdo constitucional ao cabe tanto assegurar essas condições de vivência prática das autonomias pública e privada

quanto manter a Constituição aberta ao futuro, não seja arrasado pelas possibilidades trazidas por esse futuro em aberto – para que, portanto, não haja insegurança quanto à continuidade relativamente intocada daquela vivência prática – a Constituição tem de estar situada ela mesma em um patamar que lhe garanta algum grau de intangibilidade, o que requer a possibilidade de classificar qualquer tentativa de afetação de seu conteúdo como inválida, a possibilidade de acusar de *inconstitucionalidade* os atos que incorrem nessa tentativa de afetação – atos cuja adjetivação determinante não é a de *atos imorais* ou *atos injustos*, mas a de *atos inconstitucionais*. (Gomes, 2018, p. 137)

A constituição moderna permite ao próprio direito se diferenciar das demais esferas normativas (Gomes, 2018, p. 138), assim como a comunidade dos sujeitos de direito se diferencia das demais assegurando aos integrantes dessa comunidade artificialmente criada com os meios do próprio direito a garantia da vivência prática da autonomia traduzida na autonomia privada e na autonomia pública (Gomes, 2018, p. 138). A referência espacial dessa comunidade – na Modernidade – será a unidade político-territorial do Estado-nação. Na medida em que o capitalismo não pode prescindir dessa unidade político-territorial, os sujeitos do direito serão os titulares dos direitos de nacionalidade gravados nas constituições modernas (Gomes, 2018, p. 138). No entanto, a necessidade de uma constituição escrita deriva imanentemente das transformações sociais catalisadas pela passagem à Modernidade, inclusive a dissolução do vínculo entre as pessoas e as totalidades sociais a que pertenciam. Sob pena de que o sentido dessas normas jurídicas torne-se incompreensível para indivíduos diferentes, portanto, essas normas com pretensões universais e gerais na dimensão do espaço e do tempo devem ser reduzidas à linguagem formal capaz de transcender contextos comunitários específicos (Gomes, 201, p. 1381-139).

Os componentes do conceito moderno de constituição, um conceito internamente contraditório de cujos elementos medeiam-se contraditoriamente são apresentados preliminarmente como derivados diretamente do modo de produção capitalista. Esse conceito *preliminar* pode ser assim formulado:

uma Constituição moderna é um *documento escrito, datado e assinado* por um *ente soberano* no exercício de um *poder constituinte originário*, documento esse que é dotado do caráter de *supralegalidade*, que estabelece um rol de direitos fundamentais e a *organização da separação dos poderes* estatais e cujo *referencial temporal de legitimidade reside em sua abertura ao futuro*; estruturado desse modo, tal conceito assegura a *vivência prática e complementar das autonomias privada e pública*, bem como garante a *diferenciação do direito*, de partida *segmentado territorialmente*, perante outras esferas normativas, institucionalizando com isso, *em seu mais elevado grau*, as *condições de reprodução da economia de troca capitalista* (Gomes, 2018, p. 139, *destaques meus*)

Nesta conceituação preliminar em que os elementos do conceito de constituição são derivados do modo de produção capitalista, premissa cuja correção não se discutiu ainda, não se forneceu ainda a leitura logicamente adequada da relação interna entre essas determinações. A forma por meio da qual os elementos que compõem este conceito ao estruturarem-se contraditoriamente, medeiam-se dialeticamente, deve ser assim esclarecida

A economia de troca, com sua estrutura básica, força imanentemente a vivência prática da igualdade, da liberdade, da condição de indivíduo, da propriedade privada e da relação contratual. Essa vivência prática inelutavelmente refrata-se para além de si mesma, alcançando variadas esferas da vida cotidiana e chegando também à exigência de autodeterminação. Com isso, autonomia privada e autonomia pública compõem-se complementarmente, de modo que os fundamentos da política e do direito precisam ser alterados, passando a residir em um ente soberano que ficticiamente representa a totalidade dos indivíduos, livres, iguais e proprietários. Ao mesmo tempo, enquanto a economia de troca se desenvolve e se expande vai sendo possível à espécie humana exercer sobre a natureza um controle nunca antes visto, permitindo uma perspectiva de futuro nova, que rompe com a mera ideia de repetição cíclica do passado. Isso torna internamente exigível que a normatização das relações sociais inscreva em si uma abertura temporal ao futuro, ao passo que os riscos de que esse futuro traga pretensões de mudança do estado de coisas presente a ponto de desestruturá-lo radicalmente tornam exigível que a proteção desse estado de coisas – a proteção da vivência prática complementar das autonomias privada e pública – seja colocada acima das mudanças ordinárias da vida. Assim a necessária possibilidade de projetar-se ao futuro, sem o quê o modo de produção capitalista não se desenvolve plenamente por não poder contar com o tempo em que seu processo de acumulação, é garantida, enquanto a insegurança que resultaria caso esse futuro pudesse vira desestruturar a base social desse modo de produção – que não é senão a vivência prática complementar das autonomias privada e pública é imunizada: na Constituição e em seus mecanismos dificultados de reforma, abertura ao futuro e insegurança provável dessa abertura são razoavelmente contrabalançadas e estabilizadas. Para que essa estabilização ocorra de modo adequado temporal e espacialmente, num contexto em que os agrupamentos sociais se pluralizam e em que os laços comunitários perdidos fazem impossível a percepção e a transmissão das normas dentro de um mesmo agrupamento pela tradição e pelos costumes desde sempre aprendidos, a forma escrita do texto constitucional se impõe. E a tarefa de escrita desse texto não pode caber senão ao órgão que representa aquele ente soberano em que passa a residir os fundamentos da política e do direito. Escrevendo a Constituição, esse ente expressa textualmente as garantias de uma vivência prática que já está em curso, mas que até então tinha de lidar reiteradas vezes com a resistência de todo um corpus normativo pré-capitalista. (Gomes, 2018, p. 140)

Através da cconstituição moderna o *corpus* normativo pré-moderno é dissolvido à medida em que as normas não constitucionais contrariam a constituição, tornando-se inválidas, assim como no caso de não integrarem o direito como sistema normativo autônomo e diferenciado, porquanto o próprio direito diferenciado normativamente garante, no seu mais elevado grau de reflexividade, a reprodução da economia de trocas capitalista e pode

desenvolver-se segundo sua lógica imanente contra a resistência de normas feudais proscritas pela própria Constituição Moderna (Gomes, 2018, p. 140-141).

No entanto esse conceito estaria *desde sempre equivocado* exatamente por tentar derivar o *conceito* moderno de constituição *do* imperativo de autovalorização do valor pelo qual o *sistema econômico capitalista* se orienta. O conceito de Modernidade – como já se pode depreender de passagens do próprio K. Marx (Gomes, 2019a) – não se fecha somente sobre os *imperativos de autovalorização do valor*, mas apreende as *expectativas normativas* que a sociedade “ameaçada em suas raízes vitais” opõe a esse sistema (Gomes, 2018, p. 141). Por um lado, a *Modernidade* define-se por essa *tensão* entre *imperativos sistêmicos derivados do modo de produção capitalista* e *expectativas normativas oriundas de um mundo da vida linguisticamente estruturado*, não obstante estas inscrevam-se “na linguagem humana desde o momento de sua aquisição evolutiva” (Gomes, 2018, p. 141), elas só se efetivarão quando a força dissolvente do capital arrasar a mundividência pré-moderna que limita os potenciais igualitários e libertários anárquicos inscritos na própria estrutura formal da linguagem ordinária (Gomes, 2018 p.141).

O *conceito preliminar* de constituição só parece aceitável na passagem do século XVIII para o século XIX, quando a conquista de direitos individuais e políticos coincide majoritariamente com a tradução jurídica das demandas da própria lógica imanente do capital (Gomes, 2018, p. 142), no entanto isso não passa de uma ilusão. Durante o século XIX e XX, as lutas por direitos políticos e sociais, econômicos e trabalhistas, individuais, difusos e coletivos (Gomes, 2018, p. 143), e até mesmo antes disso, *na luta por reconhecimento do estatuto de pessoas* por parte de indivíduos marginalizados socialmente pelos motivos mais diversos, *entre eles a própria escravidão negra*, demonstram como a constituição moderna é refratada temporalmente em distintos paradigmas (liberal-formal; social-material; procedimental) traduzindo as distintas orientações para a práxis, para a reflexão e para compreensão no mundo (Gomes, 2018, p. 142-143). Logo, não se pode reduzir os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito à garantia do sistema econômico capitalista, “em parte esses direitos [e arranjos de separação de poderes] o fazem, em parte – e, o que é conceitualmente mais relevante, ao mesmo tempo – contradizem as necessidades sistêmicas internas a essa economia” (Gomes, 2018, p. 143), de tal forma que, traduzida em termos conceituais, as lutas sociais mediadas constitucionalmente podem ser traduzidas em contradições entre *democracia* e *capitalismo* (Gomes, 2018, p. 143).

Com o conceito de Modernidade mãos é possível redefinir o conceito preliminar de constituição, rumo a um conceito moderno de constituição (Gomes, 2019, p. 143-144),

Ao aludir a uma longa história de contradições em que o conceito moderno de constituição se enreda, tenho em vista algo específico, uma compreensão específica, dialética dessas contradições: o conceito moderno de Constituição é ele mesmo – tal como o conceito de Modernidade – um conceito internamente contraditório. Isso significa que os elementos que o formam, ao mediar-se dialeticamente, medeiam-se contraditoriamente: para além do que ficou dito no último parágrafo do tópico precedente, no limite, internamente ao conceito moderno de Constituição ocorre a institucionalização tanto das condições de reprodução do modo de produção capitalista quanto das condições que lhe podem em alguma medida fazer frente. Por isso mesmo, aquele conceito apresentado ao final daquele tópico precisa ser reinterpretado à luz do conceito moderno de Modernidade esboçado no início do tópico presente: uma Constituição moderna é um documento escrito; datado e assinado por um ente soberano no exercício de um poder constituinte originário; dotado de caráter de supralegalidade; que estabelece um rol de direitos fundamentais e a organização da separação dos poderes estatais; e cujo referencial temporal de legitimidade reside em sua abertura ao futuro; com essa sua estrutura, esse conceito assegura a vivência prática e complementar das autonomias privada e pública, bem como garante a diferenciação do direito, em princípio segmentado territorialmente, perante outras esferas normativas, institucionalizando com isso, em seu mais elevado grau tanto as *condições de reprodução da economia de troca capitalista* quanto às *condições de uma aprendizagem social que encontra seu lugar no interior de práticas comunicativas contrafactualmente livres de coerção* (Gomes, 2019, p.144, *destaques do original*)

Da perspectiva de uma *Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade* (Gomes, 2022), uma constituição moderna atende tanto às expectativas de uma *integração política* quanto responde à necessidade de institucionalização jurídica da *integração sistêmica* (Gomes, 2022, p. 264-265), solucionando o problema fundamental de toda a sociedade complexa: como é possível a *integração da sociedade*?

O *constitucionalismo moderno*¹¹⁷ é frequentemente definido como um movimento político ou como uma filosofia política e até mesmo como uma “ideologia” de racionalização do exercício do poder político – para a garantia dos direitos e valores fundamentais, assim como dos princípios estruturantes do Estado de Direito –, de fato, o constitucionalismo moderno é parcialmente definido dessa maneira, conquanto seja “a um só tempo, um movimento no bojo do qual se institucionalizam em seu mais elevado grau as condições de reprodução da economia de troca capitalista” (Gomes, 2022, p. 265). Logo, ao menos no plano das unidades político-territoriais conhecidas como Estados-nação, os recursos de integração política e de integração

¹¹⁷ Como expus na primeira seção, especialmente ao mencionar o conceito de M. Fioravanti. No caso da interpretação do Constitucionalismo como ideologia, G. Bercovici e M. Mont’Alverne Barreto Lima nos fornecem passagens preñes dessa consequência.

sistêmica¹¹⁸ de fato ganham primazia, conquanto não esgotem estes recursos (Gomes, 2022, p. 265-266).

No plano temporal, o conceito de constitucionalismo sofre uma *refração* (Gomes, 2022, p.266-268), porque esse universal se projeta em distintos *meios*, confrontando-nos a partir de distintas *determinações*: sinteticamente, em períodos diferentes, o sistema de direitos fundamentais, os princípios do Estado de Direito e os imperativos sistêmicos institucionalizados através de seu leque de idealizações são compreendidos em distintas configurações na esteira de uma história dos paradigmas do constitucionalismo (liberal-formal; social-material; procedimental). No plano geográfico ou geopolítico, ocorrem duas refrações sucessivas. O próprio capitalismo estrutura-se geopoliticamente a partir de uma divisão entre centro e periferia, os países que conquistaram tardiamente sua independência, mediante a inserção igualmente tardia na divisão do trabalho internacional, tornar-se-ão sociedade em condição de dependência (Gomes, 2022, p. 270-276). Nessa primeira refração geopolítica, o constitucionalismo, em países dependentes, encontrará dificuldades para equilibrar e estabilizar os imperativos de sistêmicos de autovalorização do valor e as expectativas normativas sintetizadas no par igualdade e liberdade, estas serão desrespeitadas em detrimento da estabilização e institucionalização daqueles; será essa desestabilização da periferia que garantirá a estabilização da relação entre imperativos sistêmicos e expectativas normativas no centro (Gomes, 2022, p. 272-274). A segunda refração geopolítica se dá no plano da história local, elementos da história social, política e cultural condicionarão particularmente a forma pela qual as expectativas normativas do par igualdade e liberdade são condensadas, ainda que não possam com isso desfigurar o próprio caráter sistêmico dos imperativos funcionais derivados do sistema econômico capitalista (Gomes, 2022, p. 277-279). No caso da sociedade brasileira¹¹⁹,

gostaria de apontar um elemento que me parece determinante, imprescindível, para a compreensão da modernidade, da sociedade moderna, do constitucionalismo moderno e das Constituições modernas como se manifestam no Brasil: trata-se do elemento da escravidão negra. De um ponto de vista sociológico, o peso da instituição da escravidão ao longo dos séculos forjou uma sociedade na qual se encontra profundamente arraigado um apego a hierarquias sociais capazes de separar

¹¹⁸ A condição ou situação de dependência não se restringe à dimensão econômica, em vez disso tem também uma dimensão cultural e política, para a compreensão deste aspecto conferir Gomes, 2022, p. 268-276.

¹¹⁹ Não tenho condições, neste mesmo de estudo, de refinar a leitura, em si muito mais complexa, de David F. L. Gomes da condição de dependência, tampouco do plano da história local que certamente não se reduz ao elemento, conquanto o mais relevante, tratado na citação que reproduzo, mas a tese de um “nós fraturado” já se encontra desenvolvida em alguns textos. Sem pretensão de exaurir suas publicações: Gomes, 2023b; Gomes, 2023c; Gomes 2022, p. 57-76; Gomes, 2022, p. 231-251; Gomes, 2022, p. 253-291, Gomes, 2019b, p.263-294.

nitidamente as classes sociais de maior poder – social, econômico e político – das demais classes e, principalmente, de separar claramente tanto as classes altas como as classes médias do imenso contingente de miseráveis do país. (Gomes, 2022, p. 278)

4.2. Crise Constituinte e Limites do Projeto Constituinte de 1988

Nos dias 7, 8 e 9 de Fevereiro de 2022, os Programas de Pós-Graduação em Direito e em Direitos Humanos e Cidadania da Universidade de Brasília realizaram o evento “Seminário Internacional Poderes Constituintes e Processos Desconstituintes” propondo leituras de conjuntura, diagnósticos de época e soluções para a crise de qualidade da democracia por que passava também o Brasil (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p. 133). A pergunta sobre como caracterizar a crise brasileira foi respondida uma vez mais com o recurso à intelectualidade anglo-saxã, precipitando dois plexos de sentidos possíveis para duas categorias conceituais, isto é, os “processos desconstituintes” e “crises desconstituintes”.

Por um lado, a *categoria conceitual* (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p. 134-136) “*crise desconstituente*” pode referir-se aos efeitos da perda da centralidade da constituição escrita tais como o Golpe Parlamentar de 2016¹²⁰ qualificado como “*golpe desconstituente*” ou as medidas que lhe sucederam tais como a Emenda Constitucional n. 96/2016 e a Reforma Trabalhista subsumidos à categoria conceitual de “*práticas desconstituintes*”, na medida em que esvaziam o conteúdo normativo da Constituição da República (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p. 139-143). Para essa interpretação os *processos desconstituintes* são unipolares e ocorrem nas *crises desconstituintes*, enquanto as *práticas desconstituintes* são intrinsecamente antidemocráticos posto afetarem o conteúdo intangível das constituições modernas, ofendendo uma concepção liberal de *constitucionalismo*. Por outro lado, os *processos desconstituintes* podem ser interpretados como bipolares, na medida em que o constitucionalismo é interpretado pela tradição republicana como estratégia de comportamento capaz de induzir transformações sociais (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.139-148). Neste caso todo processo desconstituente é uma crise desconstituente na medida em que rompe com uma ordem constitucional anterior, mas também um processo reconstituente, porquanto constitui uma nova ordem. Logo, o constitucionalismo pode significar tanto uma ideologia progressista – para os fundadores de uma nova ordem constitucional – quanto uma

¹²⁰ Exatamente porque ilegal e inconstitucional, conforme (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.133-161), é que se pode dizer que o Impeachment foi um Golpe, é duvidoso o tipo de ganho explicativo advindo da adjetivação conceitual “golpe desconstituente”.

ideologia regressista – para aqueles que se apegam à ordem constitucional quando o seu potencial de catalisar transformações sociais já se esgotou (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.144-148).

Concebido o *processo desconstituente* como bipolar, torna-se possível dissociar o *processo democratizante* do *processo constituinte*: neste caso referimo-nos às formas concretas pelas quais a promulgação ou a outorga de uma constituição se efetiva, enquanto naquele caso, preocupamo-nos com os processos democráticos ou antidemocráticos catalisados pelo processo de constitucionalização. Enquanto os processos democratizantes designam o ciclo ascendente do constitucionalismo moderno, com a catálise da participação popular, da racionalização do exercício do poder e da limitação do arbítrio, os processos desdemocratizantes frequentemente são desencadeados por constituições outorgadas e autoritárias, assim como referem-se ao período posterior a uma *crise desconstituente*, quando o constitucionalismo entra no seu ciclo descendente, devendo ser substituída (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.144-148).

A consequência inelutável dessa forma dilemática de encarar as relações entre constitucionalismo e democracia é a pergunta pelo “*Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?*” em Gilberto Bercovici, Martônio Mont’Alverne Barreto Lima e Enzo Bello, ou a decretação do fim das ilusões sobre 1988 de “*Crise e Golpe*” em Mascaro, para quem 2016 não é o fim de 1988, pois 1988 simplesmente é a continuação da estruturação do novo padrão de dependência dos anos 1950/1960, isto é, constitucionalmente 1988 é a simples continuação de 1964 de cujas esperanças desde 2016 estaríamos curados pelo fim das esperanças constitucionais. Esses debates de consequências desencaminhantes aceleraram o processo de crise do projeto constituinte de 1988, desencadeando até mesmo a proposta do governo federal sobre uma Reforma Constituinte afeta ao Sistema Político (Ribas, 2014).

No entanto, qual é o ganho analítico com as categorias “crises constituintes e *processos desconstituente*s”? Por que não denominar essas práticas de inconstitucionais nos termos do código jurídico lícito/ilícito e constitucional/inconstitucional? Ter-se-ia uma espécie de categoria intermediária entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade? Neste caso, qual o critério para o estabelecimento de uma hierarquia entre as normas constitucionais? Por este caminho não nos encaminhamos para a sempre criticada, mas nunca realmente abandonada teoria do “núcleo essencial” de inspiração schmittiana? Neste caso, ao menos, somos confrontados com o fardo de uma Teoria da Constituição Tradicional de viés culturalista e profundamente autoritária.

Sugerimos uma proposta alternativa de interpretação da crise e defendo pelo menos um ganho analítico relevante caso ela seja adotada.

O ganho explicativo atingido é a possibilidade de se tematizar criticamente a relação umbilical entre constitucionalismo no interior de uma proposta de Teoria da Constituição. *Isso porque, comumente, as respostas apresentadas à crise desconstituente e ao processo desconstituente alegadamente em curso no país apontam para a necessidade do retorno a 1988. Ao espírito que orientou os trabalhos constituintes e possibilitou a elaboração de um texto constitucional com inegáveis avanços econômicos e sociais No entanto, perde-se de vista que essa Constituição, com todos os seus avanços e com todo o seu ineditismo mantém intocada a relação umbilical entre constitucionalismo e capitalismo, estando ela mesma, não protegida o suficiente contra as possibilidades interpretativas que, nos últimos anos, têm tentado esvaziado o seu conteúdo social e econômico.* (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.155-156, *destaques do original*)

Portanto, *do ponto de vista do participante* demonstrei na seção 4 porque discordo dessas interpretações, mas não posso negar, *do ponto de vista do observador*, que essas interpretações por mais criticáveis que pareçam também se comprometem com o cumprimento, em alguma medida, do conteúdo compromissório da Constituição de 1988, ainda que de uma forma equivocada e da qual discordamos profundamente (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.156). Assim, a variedade de modelos econométricos disponíveis hoje coloca em xeque a ideia segundo a qual um único modelo de atuação estatal seria consequente com as “cláusulas transformadoras” inscritas nas “constituições transformadoras”.

Afirmar isso não quer dizer que qualquer decisão em termos de política econômica seja constitucional. A rigor, se a busca por momentos constituintes der lugar a uma paciência para o aprendizado social, é possível, inclusive, aprender a partir da história [enquanto sociedade], isto é, com o teste de certos modelos da Ciência Econômica, o que não realiza os princípios constitucionais da Ordem Econômica. Numa espécie de *dialética negativa*¹²¹, é possível enxergar a partir dos resultados advindos de certas opções, como as que adotou Pinochet no Chile no século passado, ou as de Paulo Guedes durante o Governo Jair Bolsonaro, [ou mesmo diante das medidas adotadas durante o governo de Michel Temer]. Sim, é possível que certas políticas macroeconômicas [violem] o conteúdo compromissório de uma Constituição como a de 1988, mesmo quando se concede que esta Constituição recepcionou os valores do trabalho e da livre iniciativa, ou que ela deve garantir a propriedade, ainda que mediante a garantia da sua função social e considerando a necessidade de se reduzirem as desigualdades regionais, enfim. No entanto, nesse caso, como em qualquer outro, uma medida que [...] viole a Constituição não é desconstituente, ela é inconstitucional (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p. 156, *destaques meus*)

¹²¹ Conforme Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 132

Não é o momento de convocar uma nova Assembleia Constituinte. Por um lado, porque a Constituição da República de 1988 ainda possibilita a nós mesmos seguirmos aprendendo sobre quem somos e o que queremos ser, ela possibilita um aprendizado social não por si mesma, mas pelo uso que a sociedade civil mobilizada nas esferas públicas faz dela (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.157; Gomes, 2023b, p.263-277). Por outro lado, porque não se fazem constituições da noite para o dia, Assembleias Constituintes só são convocadas em momentos de ampla integração social, e o que há no momento é uma situação de cisão radical da sociedade brasileira (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.157).

Apesar de não ser algo para já, não significa que não chegará este momento, pois a Constituição da República de 1988 ao nos ensinar tanto, esclarece-nos inclusive os seus próprios limites: enquanto constituição moderna mantém o vínculo interno entre constitucionalismo e capitalismo. As expectativas normativas oriundas das lutas por igualdade e por liberdade só estarão seguras, conquanto não saturadas, quando o constitucionalismo desfizer seu vínculo originário com a institucionalização do modo de produção capitalista.

Pensar, então, não tanto em uma atitude reconstituente, mas uma reflexão crítica que volta a 1988 e procura olhar para frente e entender fundamentalmente que a atual crise constituinte não se resolve com o mero retorno às instituições liberais mundo afora. *Ou conseguimos desacoplar constitucionalismo em algum momento da história, ou as crises continuarão a assombrar o constitucionalismo moderno, e sempre de maneira diferida*: crises constitucionais que se estabilizam e deixam menos sequelas no centro e que podem seguir assim porque exportam as crises mais profundas. Mais uma vez o velho problema da dependência: ou logramos desacoplar capitalismo e constitucionalismo, prestamos atenção neste elemento, ou a tendência na periferia será sempre a reiteração de ameaças autoritárias (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.157, *destaques do original*)

O risco de um desesperado gesto reconstituente é, daqui a algum tempo, voltarmos para este lugar indigesto que só pode ser conceituado como *crise constituinte*¹²² (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.153). Os debates sobre as crises da democracia pressupõem que é possível restaurar o *status quo ante*, no entanto sabemos, com Marx, que “os eventos ocorrem duas vezes na história: a primeira como tragédia,

¹²² Conceito que tomo de empréstimo de Paulo Bonavides por meio da obra de David F. L. Gomes, essa crise é uma “crise do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra, nesse ato, de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais e afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p.384 *apud* Gomes, 2022, p. 61)

a segunda como farsa” (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.157), ou, antes, *nada se repete*. Logo, “para preservar a Constituição de 1988, é preciso suprássumi-la, *para além* de 1988” (Gomes; Megali Neto; Fernandes *in* Fernandes; Cattoni de Oliveira; Guedes, 2023, p.158)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redescoberta do marxismo na virada do século – pode ser referida a um fenômeno global de recuperação do cânone marxiano, desencadeado pela *Marx-Engels-Gesamtausgabe* (MEGA-2), responsável pela publicação de quarenta novos volumes entre 1975 e 1989. Esta retornou à atividade em 1998, e até 2022 (Musto, 2022, p. 17) trinta novos volumes foram publicados. Para não mencionarmos, é claro, a riqueza da literatura secundária especializada da qual Marcello Musto é, hoje, um dos expoentes. Musto reuniu dezenas dos maiores marxistas dessa nova geração para publicar “O Renascimento de Marx: Principais Conceitos e Novas Interpretações¹²³” (Musto, 2023). No prefácio à sua edição brasileira, Juarez Guimarães nos lembra que:

A inteligência deste retorno a Marx responde, enfim, à própria necessidade de reconstrução de uma narrativa da crise do marxismo. A análise e a retórica da traição, mobilizada pelos fundadores da III Internacional após a debacle nacionalista da II Internacional, responde apenas e muito parcialmente à exigência de uma visão crítica sobre os impasses genéticos do Partido Social-Democrata Alemão, que era o seu centro. Entre a II Internacional e a obra de Marx, como se documentou inclusive na *História do Marxismo*, editada por Hobsbawm, há movimentos de vulgarização, dogmatização doutrinária e perda de centro programático (como, aliás, documentos na *Crítica ao Programa de Gotha* e na *Crítica ao Programa de Erfurt*). Na verdade, o impasse se estabeleceu como tensão criativa irresolvida na própria práxis de Marx e Engels (Guimarães *in* Musto, 2023, p. 11-12)

O marxismo ainda tem um potencial crítico relevante, por isso mesmo me preocupei mais em reconstruir os debates marxistas naquilo que ele se mostrou “ainda utilizável, com o objetivo de tirar proveito de instrumentos conceituais adequados à análise da sociedade contemporânea” (Bobbio *et al.*, 1979, p. 17) do que em seguir as estéreis brigas de família tão

¹²³ Para Juarez Guimarães, o Renascimento de Marx tem três questões de método: assumir o amálgama entre antiliberalismo e anticapitalismo que consolida o esforço de Marx e de Engels, o que demanda dos intérpretes uma visão integrada e integrativa da obra marxiana para garantir a unidade do marxismo; entender a obra de Marx como uma filosofia da práxis antiliberal e anticapitalista; o reconhecimento da incompletude e inacabamento não contingente da obra marxiana, algo que se aplica até mesmo à Crítica da Economia Política, o que demanda que se o relacione “à própria dinâmica metamórfica do capitalismo e à práxis viva das lutas contra a opressão em sua variedade e potência social e geográfica” (Guimarães *in* Musto, 2023, p. 14)

visíveis da perspectiva das Teorias Marxistas da Constituição em um debate que confronta *externalismo e internalismo*¹²⁴.

Ainda assim destaquei as implicações práticas da *perspectiva do participante* no *Utopismo Constitucional* constituem a única maneira de levar a sério a dialética entre teoria e práxis. O direito é uma forma de consciência, portanto não nos é dado negá-lo sumariamente enquanto juristas sem que sejamos inconsequentes, é preciso explorar suas tensões da maneira mais produtiva tendo em vista um futuro emancipado. Conquanto o Utopismo Constitucional tenha essa vantagem, não concebe o direito também como uma *prática social e interpretativa* somente como um *meio de integração da sociedade*, nisso consiste o seu *déficit hermenêutico*. Isso explica, por fim, a pretensão de formular críticas sociológicas a partir de uma hipóstase da perspectiva metodológica do participante, ou seja, o diagnóstico da inefetividade das normas constitucionais – e de sua “efetividade seletiva” –, assim como o nivelamento entre legitimidade constituição à legitimação política do direito. Por outro lado, decorre do seu déficit hermenêutico a projeção de expectativas inadequadas na mediação jurídica, o que diacronicamente explica a frustração constitucional que o fez convergir tendencialmente com o niilismo constitucional em detrimento do rigor teórico. Nisto consiste a *oscilação* do Utopismo Constitucional.

O direito surge do componente societário do mundo da vida, mas tende a diferenciar-se durante o processo de racionalização da modernidade, estamos em plena modernidade quando a mediação jurídica reveste as sociedades complexas (Habermas, 2010, p. 97-103). Este direito moderno liga-se aos recursos de integração dos sistemas como o “dinheiro”, mas também à “solidariedade” mediando a *integração sistêmica* tanto quanto a *integração política* (Habermas, 2010, p. 143-146; Gomes, 2022, p.217; Gomes, 2023a). Embora esse entrelaçamento permita ao poder comunicativo transformado em poder administrativo (Cattoni de Oliveira, 2023b, p.85-95) traduzir-se agir sobre os mecanismos de integração anônimos dos mercados (Gomes, 2022, p.224-225), sobretudo o que se possibilita é que o modo de produção capitalista institucionalize em seu mais elevado grau de reflexividade imperativos sistêmicos de autovalorização do valor (Gomes, 2022, p.264-265). O *Niilismo Constitucional* tem o mérito de afastar a projeção de um progresso retilíneo e linear, assim como de questionar o direito como meio infenso passível de reapropriação *sem mais* pela luta política. De fato, o direito é uma estrutura de charneira entre os sistemas e o mundo da vida possibilitando aos imperativos sistêmicos retroagirem destrutivamente sobre o mundo da vida, substituindo a integração social

¹²⁴ Para uma posição oposta à defendida nesse trabalho neste aspecto conferir Sartori in Akamine Jr. *et al*, 2015, p. 331-356.

mesmo em âmbitos nos quais as sociedades pós-metafísicas não dispõem de substitutos funcionais à altura, esta forma de entendimento entre sistemas e mundo da vida é interpretada por Habermas como a ampliação dos contextos em que predomina uma “comunicação sistematicamente distorcida¹²⁵”. O *déficit normativo* do Nihilismo Constitucional situa-se exatamente no nível da particular teoria da sociedade subjacente à sua teoria da constituição, pois, na medida em que não pode levar a sério a integração política mediada juridicamente, da perspectiva do observador o que se revela é um déficit de complexidade, enquanto o ponto de vista metodológico dos participantes é obliterado por um diagnóstico do *direito como sistema ou função*.

Assim, uma resposta possível à obliteração da perspectiva dos participantes seria buscar nos usos do direito dos novos movimentos sociais as potencialidades desconsideradas pelo Nihilismo Constitucional. Se os movimentos sociais lutam pelo reconhecimento de direitos e se apropriam do direito para a luta contra o capitalismo, quem sabe, o teórico do direito não poderia mediar teoria e práxis contra o utopismo e o nihilismo a partir de um apelo ao macro-sujeito coletivo da revolução sob a ressalva de uma crítica irrenunciável ao direito enquanto tal como indissociavelmente ligado ao horizonte de uma sociedade capitalista. No entanto, como levar a sério a perspectiva dos participantes pressupondo um uso estratégico do direito contra a sua funcionalização pelo capitalismo? Essa perspectiva perde de vista a tensão entre facticidade e validade interna externa ao próprio direito, isto é, entre princípios do constitucionalismo e imperativos sistêmicos derivados do modo de produção capitalista que em última instância tornam a pretensão do Estado de Direito de uma gênese legítima do direito tendencialmente irrealizável (Habermas, 2010, p.404-406). Ainda dessa perspectiva metodológica, no problema da aplicação das normas jurídicas a casos concretos ela oblitera a perspectiva do participante, razão pela qual não pode justificar porque determinadas interpretações do direito são senão incorretas pelo menos inadequadas. Por isso não é que as armas da crítica estejam depostas – elas estão – mas o mais grave são as concessões ao arbítrio. Os fragmentos de uma razão descarnada podem ser reunidos por uma sociologia reconstrutiva sem que precisemos apelar para qualquer macro-sujeito histórico: ao reconstruir o nihilismo constitucional disse a certa altura que recaímos “aquém de Pachukanis”, o problema com o dualismo constitucional não mediado não é recair “aquém de Pachukanis”, mas aquém de Kant na medida em que continua a pressupor epistemicamente uma teoria da identidade com consequências equívocas para a

¹²⁵ A integração da sociedade compreende a integração social e a integração sistêmica.

mediação entre teoria e prática (Habermas, 2014, p. 30)¹²⁶, em outras palavras serve apenas para nos deslumbrarmos com a nossa minoridade (Habermas, 2013, p.541-564).

Quanto ao *Renascimento de Marx*, um evento do século XXI, esta reconstrução não é senão *uma*¹²⁷ proposta de reconstrução das Teorias Críticas do/ao Direito que se ocuparam de categorias e/ou problemas *transversais* ao campo problemático da Teoria da Constituição (Cattoni de Oliveira, 2023b, p. 24-32), isto é, uma contribuição à memória desse grande evento porvir.

¹²⁶ Em “Conhecimento e Interesse”, Habermas argumenta “Marx, cujo materialismo histórico exigia ainda mais [que Hegel] a continuidade da autorreflexão hegeliana não compreendeu sua própria concepção e, em razão disso, acabou completando a demolição da teoria do conhecimento. Assim o positivismo *pôde esquecer o entrelaçamento da metodologia das ciências com o processo objetivo de formação da espécie humana, erigindo, sobre a base do esquecido e do recalçado, o absolutismo da própria metodologia* (Habermas, 2014, p. 30, *destaques meus*)

¹²⁷ Na medida em que proponho uma reconstrução do material levantado, os “paradigmas de teoria constitucional marxista” não necessariamente coincidem com as posições dos autores reconstruídos, e mais, quando deles se aproximam, tampouco a eles se reduzem. Que essa proposta possa ser questionada, faz parte da própria natureza do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHCAR, Gilbert. R, 2023. pp.427-448. Religião (verbete). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo

ADORNO, Theodor W. **A Dialética Negativa**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2009.

ALVES, Adamo Dias. **A História do Conceito de Bonapartismo: uma análise semântica aplicada aos séculos XIX e XX**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018a.

ALVES, Adamo Dias. **Elementos Bonapartistas no Processo de Constitucionalização Brasileiro: uma análise crítico-reflexiva da história constitucional brasileira de 1823 a 1945**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018b.

ALVES, Adamo Dias; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; GOMES, David F. L. **Constitucionalismo e Teoria do Estado: ensaios de história e teoria política**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

ANDERSON, Kevin B. Nacionalismo e Etnicidade (verbete). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp. 293-316.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho (verbete) In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp. 205-224.

ASSIS, Tales Resende de. **Economia, Estado, Política e Direito em Jurgen Habermas**. Orientador: Prof. Dr. David F. L. Gomes. 2021. Dissertação – Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte. Depósito em 2021. 157f.

BARBOSA FILHO, Balthazar. Condições da Autoridade e Autorização em Hobbes. In: BARBOSA FILHO, Balthazar. **Tempo, Verdade e Ação: Estudos de Lógica e Ontologia**. Prefácio de Raul Landim Filho. São Paulo: Discurso Editorial (Editora Paulus), 2013. pp.143-160.

BASSO, Pietro. Migração (verbete). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.317-336).

BELLO, E. **A Cidadania na Luta Política dos Movimentos Sociais Urbanos**. Caxias do Sul: Educs, 2013.

BELLO, E. **A Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano**. Caxias do Sul: Educs, 2012.

BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M. M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 10, n. 3, p. 1769-1811, set. 2019. ISSN 2179-8966. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37470>>. Acesso em: 22 set. 2021.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martônio M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v.10, n.03, 2019, pp. 1769-1811.

BELLO, E; CAPELA, G. M; KELLER, R. J.. Pandemia e Crise do Capitalismo: o aprofundamento da corrosão da vida no neoliberalismo. In: BERCOVICI, G.; SICSÚ, J.; AGUIAR, R. (coords.). **Utopias para Reconstruir o Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p.105-126

BELLO, E.; CAPELA, G.; KELLER, R. J.. Operação Lava Jato: ideologia, narrativa e (re)articulação da hegemonia. **Revista Direito e Práxis**, v. 12, n. Rev. Direito Práx., 2021 12(3), jul. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/HyCbvWSs4mNxc5fBTxhm4Hr/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 de fev. 2023.

BELLO, E.; CAPELA, G.; KELLER, R. J.. Pós-Fascismo no Brasil no Centenário da República de Weimar (1919-2019). In: BERCOVICI, Gilberto (coord.). **Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019)**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 369-392

BENJAMIN, Walter. **O Capitalismo como Religião**. São Paulo: Boitempo, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Brasileira de 1988, as "Constituições Transformadoras" e o "Novo Constitucionalismo Latino-Americano". **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 26, 2013a, pp.285-305.

BERCOVICI, Gilberto et MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, vol. XLIX, 2006, pp.57-77.

BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 142, Brasília, Senado Federal, abril/junho de 1999, pp.35-51.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Desenvolvimento**. São Paulo: Almedina, 2022.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003a.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. Tese (Livre-Docência) - Departamento de Direito Econômico e Financeiro da Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003b.

BERCOVICI, Gilberto. O Poder Constituinte do Povo no Brasil: um roteiro de pesquisa sobre a Crise Constituinte. **Revista Lua Nova**, n. 88, 2013b, pp.305-325.

BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucional**, vol. 1, n. 1, p.7-18, jan./abr. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**. 3ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BOBBIO, Norberto *et al* (org.). **O Marxismo e o Estado**. Trad. Frederica L. Boccardo e Renée Levie. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

BROWN, Heather A. Igualdade de Gênero (verbete). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.273-292.

BRUNO, Regina. Revisitando a UDR: Ação Política, Ideologia e Representação. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, n. 40. 1996. p.69-89. Disponível em:<<https://www.revistas.usp.br/rieb/article/view/72151>> Acesso em: 05 nov. 2023.

CALDAS, Camilo Onoda. **A Teoria da Derivação do Estado e do Direito**. 2ª Edição São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

CALLINICOS, Alex. Luta de Classes (verbete). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.145-164.

CALVET DE MAGALHÃES, Theresa. **Filosofia Analítica e Filosofia da Linguagem: A dimensão pública da linguagem**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CARDOSO, Rodrigo M. **A Participação Popular na Constituinte de 1987-1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

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**. Prefácio Vera Karam de Chueiri. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Teoria da Constituição e Direito Constitucional: Escritos Seleccionados. Volume II**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Tensão entre Memória e Esquecimento nos Anos 30 anos da Constituição de 1988. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade et GOMES, David F. L. **1988-2018: o que constituímos?** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019 pp.383-387.

CASALINO, Vinicius G. Notas sobre as Formas Antediluvianas do Direito. **Revista da Faculdade de Direito**. n.69, jul./dez. 2016. Disponível em: <[NOTAS SOBRE AS FORMAS ANTEDILUVIANAS DO DIREITO - 10.12818/P.0304-2340.2016v69p687 | REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG](https://www.fcd.ufmg.br/revista-da-faculdade-de-direito-da-ufmg/10.12818/P.0304-2340.2016v69p687)>. Acesso em: 08 Dez. 2023. pp. 687-713.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.) **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022a.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.) **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022b. e-book kindle.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. **Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2023a.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Direito, Política e Filosofia e Filosofia: **Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. **Teoria da Constituição**. 4ª Edição. Belo Horizonte: Conhecimento, 2023b.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; BAHIA, Alexandre G. M. F. de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. **O Impeachment e o Supremo Tribunal Federal: história e teoria constitucional brasileira**. 2ª Edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. et GOMES, David F. L. **1988-2018: o que constituímos?** Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. et GOMES, David F. L. **30 anos e agora? Direito e Política nos horizontes da República de 1988**. Em Homenagem a Juarez Guimarães. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. et GOMES, David F. L. **Constitucionalismo e Dilemas das Justiça**. Belo Horizonte: Editora Initia Via, 2014. 120p.

CHACON, Vamireh. **A História dos Partidos Brasileiros – História e Práxis dos seus Programas**. 3ª Edição. Brasília: Editora da UnB, 1998.

CHASIN, José et VAISMAN, Ester (ed.). **Edições Ad Hominem 1: Marxismo**. Tomo 1. Número 1. São Paulo: Estudos e Edições Ad Hominem, 1999.

COUTINHO, Jacinto N. M. (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTINHO, Jacinto N. M. et NUNES, Antônio J. A. (orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar: 2004.

COUTINHO, Jacinto N. M. et LIMA, Martônio M. B. (orgs.). **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CUNHA, José Ricardo (org.). **Teorias Críticas e Crítica do Direito**. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020a.

CUNHA, José Ricardo (org.). **Teorias Críticas e Crítica do Direito**. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020b.

EDELMAN, Bernard. **A Legalização da Classe Operária**. Tradução de Marcus Orione. São Paulo: Editora Boitempo, 2016. 192p.

ENGELS, Friedrich. KAUTSKY, Karl. **O Socialismo Jurídico**. Tradução de Márcio Bilharinho Naves e Lívia Cotrim. Prefácio de Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Editora Boitempo, 2012.

FERREIRA, Jorge. **Prisioneiros do Mito: Cultura e Imaginário Político dos Comunistas no Brasil (1930-1956)**. Niterói: Eduff, 2002.

FERREIRA, Jorge et REIS, Daniel Aarão (orgs.). **Revolução e Democracia (1964-...)**. As Esquerdas no Brasil. Volume III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FOSTER, John Bellamy. Ecologia (verbete). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.249-272.

FURTADO, Celso. **Brasil. A construção Interrompida**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GARO, Isabelle. Arte (verbete). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.465-478.

GOHN, Maria da Glória. **Participação e Democracia no Brasil: da década de 1960 aos impactos pós-junho de 2013**. Petrópolis: Editora Vozes, 2019.

GOMES, David F. L. **“Houve Mão Mais Poderosa”? Soberania e Modernidade na Independência do Brasil**. Belo Horizonte: Initia Via, 2015;

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: Editora D'Plácido, 2019.

GOMES, David F. L. 2023a. A Hesitação de Jürgen Habermas: Capitalismo, Democracia, Crise. **Revista Dissertatio – Dossiê Teoria Crítica renovada e patologias sociais**. Volume Suplementar 13, UFPel, 2023a. p. 179-212.

GOMES, David F. L. Aprendizagem-Catálise-Aprendizagem: Delineamento de um modelo teórico sobre as relações entre Constituição e sociedade. In: DUTRA, Delamar José Volpato;

BRENNAND, Edna Gusmão de Goés. **Habermas e a Esfera Pública: Diagnóstico do Tempo Presente**. NéfiOnline: Florianópolis, 2023b, p.249-282.

GOMES, David F. L.. Karl Marx: Direito e Crítica da Economia Política. Com e Além de Pachukanis. In: “**DEMOCRAZIA E DIRITTO**”. 2/2019b. DOI:10.3280/DED2019-002009 pp.170-184. Disponível em: <https://www.francoangeli.it/Riviste/SchedaRivista.aspx?IDArticolo=65991&Tipo=Articolo%20PDF&lingua=en&idRivista=116> . Acesso em: 19 out. 2022.

GOMES, David F. L. **Para uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade**. Estudos Prepatórios. Volume 1. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

GOMES, David F. L. Sobre o Conceito Moderno de Constituição: proposta de uma nova abordagem. **Caderno de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. Volume 13. Número 1. 2018. p.124-148. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/issue/view/3393>> Acesso em: 04 fev. 2024.

GOMES, David F. L. **Sociedade, um problema, múltiplos níveis de análise** – Por um universalismo a partir do Sul. Belo Horizonte: Conhecimento, 2023c.

GOMES, David F. L.; MEGALI NETO, Almir; FERNANDES, João Pedro L. Crises e Processos Desconstituintes: Sobre as Fragilidades de uma Adjetivação Conceitual. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; GUEDES, Maurício Sullivan Guedes. **A Constituição e o Passado. A Constituição e o Futuro. A Constituição e o que não veio: Em Homenagem aos 35 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Apresentação de Ministro Gilmar Mendes e Georges Abboud. Prefácio de Lênio Luiz Streck. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2023. p.133-162.

GOMES, D. F. L.; MASSAHUD DE CARVALHO, R. K. Boaventura Santos, direito e crítica: da regulação à possibilidade de emancipação. **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, v. 6, n. 1, p. e-202002, 08 nov. 2023.

GOMES DOS SANTOS, Orlando. **Marx e Kelsen**. Livraria Progresso: Bahia, 1959.

GUIMARÃES, Juarez. **A Esperança Crítica**. Rio de Janeiro: Scriptum, 2007.

GUIMARÃES, Juarez. Rumo a um Marx livre. In: MUSTO, Marcello (org.). **O Renascimento de Marx: Principais Conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária e Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.9-28.

GUNDER FRANK, André. La Tesis del Desarrollo del Subdesarrollo. In: MARINI, Ruy Mauro et MILLÁN, Mária. (comp.). **La Teoría Social Latinoamericana: textos escogidos**. Tomo II: La teoría de la dependencia. Ciudad de México: Coordinación de Estudios Latinoamericanos, 1994. p.83-94.

HABERMAS, Jürgen. **Crítica da Razão**. Obras Escolhidas de Jürgen Habermas. Volume 5. Lisboa: Editora 70, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Espace Public et Démocratie Délibérative: un tournant**. Paris: Gallimard, 2023.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso.** Madrid: Trotta, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa.** Com prefácio à edição de 1990. Trad. Denílson Werle. São Paulo: Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Para a Reconstrução do Materialismo Histórico.** São Paulo: Unesp, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria e Práxis.** São Paulo: Unesp, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria Política: Obras Escolhidas de Jürgen Habermas.** Volume 4. Lisboa: Editora 70, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action: Reason and the Rationalization of Society.** Volume One. Translated by Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action: Lifeworld and System – A Critique of Functionalist Reason.** Volume Two. Translated by Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Une Histoire de la Philosophie: La Constellation Occidentale de la foi et du Savoir.** Tome I. Traduit de l'allemand par Frédéric Joly. Berlin: Gallimard, 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Une Histoire de la Philosophie: Liberté Rationnelle, Traces des Discours sur la foi et le savoir.** Tome II. Traduit de l'allemand par Frédéric Joly. Berlin: Gallimard, 2023.

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito.** Tradução de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9ª edição. Petrópolis: Vozes, 2014.

HETZEL, Ludovic. **Commenter le Capital.** Livre 1. Paris: Les Éditions Sociales, 2021.

HESPANHA, Antônio M. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio.** Coimbra: Editora Almedina, 2016.

HOBBSAWM, Eric J. **Como Mudar o Mundo: Marx e os Marxismos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HOBBSAWM, Eric J. **História do Marxismo: o marxismo hoje (primeira parte).** Volume XI. Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1982.

HOBBSAWM, Eric J. **História do Marxismo: o marxismo hoje (segunda parte).** Volume XII. Paz e Terra, 1989.

HOBBSAWN, Eric J. **Nações e Nacionalismos desde 1780: Programa, Mito e Realidade.** Tradução de Marcia Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1990.

HOBBSAWM, Eric J. **Sobre História**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HOBBSAWM, Eric J. **Viva la Revolución** – A era das utopias na América Latina. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

HOLL, Jéssica. **Mulheres e Participação Política**: análise histórica e contexto atual no Brasil. Belo Horizonte: Conhecimento, 2023.

HUDIS, Peter. Organização Política (verbetes). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx**: Princípios conceitos e Novas Interpretações. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp. 165-186.

JAY, Martin. **Marxism & Totality**: the adventures of a concept from Lukács to Habermas. Berkeley: University of California Press, 1984.

JEONG, Seongjin. Globalização (verbetes). In: MUSTO, Marcello (org.). **O Renascimento de Marx**: Principais Conceitos e Novas Interpretações. São Paulo: Editora Autonomia Literária e Fundação Perseu Abramo, 2023. pp. 383-4044

JESSOP, Bob. Análise Crítica do Discurso no Pós-Marxismo de Laclau e Mouffe. **Revista Eletrônica. Simbiótica**, n. 7, v.2. 2019. pp.292-316.

JESSOP, Bob. The World Market, ‘North-South’ Relations, and Neoliberalism. **Alternate Routes: A Journal of Critical Social Research**, [S. l.], v. 29, 2018. Disponível em: <https://alternateroutes.ca/index.php/ar/article/view/22453>. Acesso em: 6 dec. 2023.

KASHIURA Jr., Celso Naoto. **Sujeito de Direito e Capitalismo**. São Paulo: Expressão Popular, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Comunista do Direito**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

KONDER, Leandro. **A Derrota da Dialética**: A Recepção das Ideias de Marx no Brasil, até o Começo dos Anos Trinta. Rio de Janeiro: Editora Campus (Elsevier), 1988.

KONDER, Leandro. **A História das Ideias Socialistas no Brasil**. São Paulo: Expressão Popular, 2003.

KRÄTKE, Michael R. Capitalismo (verbetes). In: MUSTO, Marcello (org.). **O Renascimento de Marx**: Principais Conceitos e Novas Interpretações. São Paulo: Editora Autonomia Literária e Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.39-66.

LEFEBVRE, Henri. **Lógica Formal Lógica Dialética**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

LÊNIN, Vladimir I. **Cadernos Filosóficos**. Introdução de Henri Lefebvre e Norbert Guterman. Tradução: Paula Almeida. São Paulo: Boitempo

LÊNIN, Vladimir I. **Ilusões Constitucionalistas**. 2ª Edição. São Paulo: Kairós Livraria.

LIMA, Martônio M. B. *et al* (orgs.). **Direito e Marxismo: tendências atuais**. Caxias do Sul: Educs, 2012.

LIMA, Martônio M. B. et BELLO, Enzo (coords.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LIMA, Martônio M. B. *et al* (orgs.). **Direito e Marxismo: as novas tendências constitucionais da América Latina**. Caxias do Sul: Educs, 2014.

LIMA, Martônio M. B.; MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE DE MENEZES, Newton. Serviços Públicos e Radicalização do Estado Social: o lugar para uma perspectiva socialista nos dias atuais? In: MARIANO, Cynara Monteiro *et al* (coords.). **Estado, Política e Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017. eBook Kindle, não paginado.

LIMA, M. M. B.. REGO, W. G. D. L.. Atualidade da Reificação de Marx como Instrumento da Análise de Relações Jurídicas e Sociais. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política [online]**. 2020, n. 109, pp. 193-228. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/HG7ChyVdLb9kQRHnSxWK45m/abstract/?lang=pt#>>. Acesso em: 19 set. 2021.

LIMA, M. M. B.. Alienação e Clandestinidade, ou o Rumo Perverso da Política. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014a. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/47147>>. Acesso em: 19 set. 2021.

LIMA, M. M. B.. Constituição e política: o materialismo da Constituição. In: BELLO, Enzo. LIMA, Leticia Gonçalves Dias. LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. AUGUSTIN, Sérgio. **Direito e Marxismo: tendências atuais**. Caxias do Sul: Educs, 2012. p.201-213.

LIMA, M. M. B.. História Constitucional e marxismo: a contribuição necessária. In: BELLO, E.; LIMA, L. G. D.; LIMA, M. M. B.. **Direito e Marxismo: as novas tendências constitucionais da América Latina**. Caxias do Sul: Educs, 2014b, p.83-95.

LIMA, M. M. B.. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da Constituição sem a política. In: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B.. **Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.375-385.

LIMA, M. M. B.. Governo de Esquerda e Capitalismo Periférico: desafios da constituição federal de 1988 e de suas reformas. In: NUNES, A. J. A.; COUTINHO, J. N. M.. **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal** Rio de Janeiro: Renovar, 2004a. pp.417-438

LIMA, M. M. B.. O constitucionalismo brasileiro ou de como a crítica deficiente ignora a consolidação da democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 01, nº. 02, p. 331- 336, 2004b. Disponível em: https://www.academia.edu/4137343/O_Constitucionalismo_Brasileiro_ou_de_Como_a_Crítica

LIMA, Martônio M. B. **Supremo Tribunal Federal: Prússia contra Reich**. São Paulo: Contracorrente, 2022.

LINDEN, Marcen van der. Proletariado (verbetes). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.119-144.

LÖWY, Michael. Revolução (verbetes). In: MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx: Princípios conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.187-204.

LÖWY, Michael (org.). **O Marxismo na América Latina: uma antologia de 1909 aos dias atuais**. 4ª Edição Ampliada. São Paulo: Expressão Popular, Fundação Perseu Abramo, 2019.

LYRA FILHO, Roberto. **Karl, Meu Amigo: Diálogo com Marx sobre o direito**. Porto Alegre: Fabris e Instituto dos Advogados do RS, 1983.

LYRA FILHO, Roberto. **O Direito que se Ensina Errado**. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito et DINIZ, Márcio A. de Vasconcelos (coords.). **Teoria do Direito – Estudos em Homenagem a Arnaldo Vasconcelos**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020. 172p.

MARCUSE, Herbert. **Ideias Sobre uma Teoria Crítica da Sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, MARGEM ESQUERDA 30. **Dossiê Marxismo e Direito**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1º Semestre de 2018. 157p.

MARGEM ESQUERDA 31. **Dossiê Crise Brasileira**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2º Semestre de 2018. 167p.

MARRAMAO, Giacomo. Entre Bolchevismo e Social-Democracia: Otto Bauer e a Cultura Política do Austromarxismo. In: HOBBSAWM, Eric J. (org.). **História do Marxismo V: O marxismo na época da Terceira Internacional**, a revolução de outubro, o austromarxismo. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1985. p.277-343.

MARRAMAO, Giacomo. **O Político e as Transformações: Crítica do Capitalismo e Ideologias da Crise entre os anos Vinte e Trinta**. Tradução de Antônio Roberto Bertelli. Belo Horizonte: Oficina de Livros, 1990.

MARRAMAO, Giacomo. **Universais em Conflito: identidade e diferença na Era Global**. Tradução e Organização de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.

MARX, Karl. **A Sagrada Família – ou acrílica da Crítica crítica contra Bruno Bauer e consortes**. São Paulo: Editora Boitempo, 2011.

MARX, Karl. **Contribuições à Crítica da Economia Política**. 2ª Edição. Tradução e Introdução de Florestan Fernandes. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Boitempo, 2013.

MARX, Karl. **Diferença entre a Filosofia da Natureza de Demócrito e a de Epicuro**. São Paulo: Boitempo, 2018.

MARX, Karl. **Grundrisse**: manuscritos econômicos de 1857-1858, esboços da crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2011. 788p.

MARX, Karl. **Miséria da Filosofia**: resposta à Filosofia da Miséria, do Sr. Proudhon. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

MARX, Karl. **Os Despossuídos**: debates sobre a lei referente ao furto da madeira. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846). São Paulo: Editora Boitempo, 2007.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **A Guerra Civil dos Estados Unidos**. Tradução de Luiz Felipe Osório e Murillo van der Laan. São Paulo: Editora Boitempo, 2022.

MASCARO, Alysson L et MORFINO, Vittorio. **Althusser e o Materialismo Aleatório**. São Paulo: Editora Boitempo, 2020.

MASCARO, Alysson L. Brasil 2023: margens de golpes e lutas. In: OSÓRIO, Luiz Felipe et MAGALHÃES, Juliana Paula. **Brasil sob Escombros**: Desafios do Governo Lula para Reconstruir o País. São Paulo: Editora Boitempo, 2023.

MASCARO, Alysson L. **Crise e Golpe**. São Paulo: Editora Boitempo, 2018.

MASCARO, Alysson L. **Crítica da Legalidade e do Direito brasileiro**. 4ª Edição. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MASCARO, Alysson L. Direito, Capitalismo e Estado: da leitura marxista do direito. In: KASHIURA JR., Celso Natoto; AKAMINE JR., Oswaldo; MELO, Tarso de (orgs.). **Para a Crítica do Direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas**. São Paulo: Editora Dorbra, 2015. p.47-64.

MASCARO, A. L. Direitos Humanos: uma crítica marxista. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. Lua Nova, 2017 (101), maio 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ln/a/QFXz4jWqFYVs88Sn6FVtd7R/abstract/?lang=pt#ModalHowcite>>. Acesso em: 14 fev. 2023.

MASCARO, Alysson L. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Editora Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2021.

MASCARO, Alysson L. **Sociologia do Direito**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2022.

MASSAHUD DE CARVALHO, Rayann K. M. de. **Colonialidade, transmodernidade e diferença colonial**: para um direito situado na periferia. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

MEGALI NETO, A. A natureza jurídica dos crimes de responsabilidade presidencial no direito brasileiro: uma resposta a Rafael Mafei Rabelo Queiroz. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 1–27, 2022. DOI: 10.35699/2525-8036.2022.38615. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e38615>. Acesso em: 24 out. 2023

MEGALI NETO, Almir. **O Impeachment de Dilma Rousseff perante o Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021.

MEGALI NETO, Almir et CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Impeachment de Dilma Rousseff: porque dizemos é inconstitucional, é golpe! **Empório do Direito (online)**. 02 de Fev. de 2023. Acesso em: 24 de dez. de 2023.

MEGALI NETO, A.; HOLL, J.; MASSAHUD DE CARVALHO, Rayann K. de. Uma conversa com Menelick de Carvalho Netto e Juarez Guimarães no marco dos 30 anos da Constituição de 1988. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 1–17, 2020. DOI: 10.35699/2525-8036.2020.20030. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/e20030>. Acesso em: 11 nov. 2023.

MEZZADRA, Sandro et SAMADDAR, Ranabir. Colonialismo (verbete). MUSTO, Marcello. **O Renascimento de Marx**: Princípios conceitos e Novas Interpretações. São Paulo: Editora Autonomia Literária, Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.317-336.

MIÉVILLE, China. **Between Equal Rights**: A Marxist Theory of International Law. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005.

MIÉVILLE, China. **Outubro, a História da Revolução Russa**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

MORAES FILHO, Evaristo de. A Proto-história do Marxismo no Brasil. In: QUARTIM DE MORAES, João et REIS, Daniel Aarão. **História do Marxismo no Brasil: O Impacto das Revoluções**. Volume 1. 2ª Edição. Campinas: Editora da Unicamp, 2007. p.11-49.

MORAIS, João Quartim. **História do Marxismo no Brasil**. Teorias. Interpretações. Vol. 3. Campinas: Editora Unicamp, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como Conflito Concreto do Direito Positivo. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 5, n. 9, p. 13-37. Disponível em: <<https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/seer/index.php/cadernos-ele/article/view/269/222>>. Acesso: 11 nov. 2023.

MÜLLER, Friedrich. **Para Lutar Pela Constituição de 1988!** In: NEUESCHWANDER, Juliana *et al.* (orgs.). A Resistência Internacional ao Golpe de 2016. Bauru: Canal 6, 2016. p.217-218

MÜLLER, Friedrich. Sobre a Constituição de Weimar e Sobre Constituições. In: BERCOVICI, Gilberto (coord.). **Cem Anos da Constituição de Weimar (1919-2019)**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. pp.449-465.

MÜLLER, Marcos Lutz. Exposição e Método Dialético em ‘O Capital’. Belo Horizonte, **Boletim SEAF-MG**, n. 2, 1982. p. 17-41.

MUSTO, Marcello. Comunismo (verbete). In: MUSTO, Marcello (org.). **O Renascimento de Marx: Principais Conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária e Fundação Perseu Abramo, 2023. pp. 67-96.

MUSTO, Marcello. **Karl Marx: biografia intelectual e política (1857-1883)**. São Paulo: Expressão Popular, 2023.

MUSTO, Marcello (ed.). Karl Marx’s Grundrisse: Foundation of the Critique of Political Economy 150 years later. With a Special Foreword by Eric Hobsbawn.

MUSTO, Marcello. Karl Marx’s Writings on Alienation. London: Palgrave MacMillan, 2022.
MUSTO, Marcello. **O Velho Marx: uma biografia de seus últimos anos (1881-1883)**. São Paulo: Boitempo, 2018.

MUSTO, Marcello. **Marxism and Philosophy of Praxis: An Italian Perspective from Labriola to Gramsci**. London: Palgrave MacMillan, 2021. Ebook Kindle.

MUSTO, Marcello. **Repensar Marx e os Marxismos: guia para novas leituras**. São Paulo: Editora Boitempo, 2022.

NAVES, Márcio Bilharinho. Contribuição ao debate sobre a democracia. **Temas de Ciências Humanas**. São Paulo, v. 10. 1981. pp.111-128.

NAVES, Márcio Bilharinho. Os Silêncios da Ideologia Constitucional. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba. v.6/7. 1996. pp.167-171.

NAVES, Marcio Bilharinho. Reforma Constitucional e Ideologia Jurídica. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 1. pp.51-55. pp.51-55.

NETTO, José Paulo. **Pequena História da Ditadura Brasileira (1964-1985)**. São Paulo: Editora Cortez, 2014.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica e Desconstitucionalização Fática: Mudança Simbólica de Constituição e Permanência das Estruturas Reais de Poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n.132, p. 321-330, 1996. pp.321-330.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Fascismo**. São Paulo: Editora Boitempo, 2020.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução de Sílvio Donizete Chagas. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PASUKANIS, Evguiéni B. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Tradução e Edição de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1989.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Editora Boitempo, 2017a.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo e ensaios escolhidos** (1921-1929). Tradução de Lucas Simone. Prefácio de Márcio Bilharinho Naves. São Paulo: Editora Sundermann, 2017b.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, Democracia e Poder constituinte: Disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). **Quaderni Fiorentini Per La Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Firenze, v. 1, n. 43, pp. 416-458, 2014.

PAZELLO, R. P; RIBAS, L. O. Constituinte Exclusiva: expressão de um direito insurgente in: RIBAS, Luiz Otávio (org.). **Constituinte Exclusiva: um outro sistema político é possível**. São Paulo: Expressão Popular, 2014a. p. 58-69

PAZELLO, R. P. Contribuições metodológicas da teoria marxista da dependência para a crítica marxista ao direito. In: **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 07, n. 13, 2016. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21633>>. Acesso em: 14 de fev. 2023.

PAZELLO, R. P; SOARES, M. A. Direito e marxismo: entre o antinormativo e o insurgente. In: **Revista Direito e Práxis**, vol. 5, n. 9, 2014b. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/download/13109/10656>>. Acesso em: 14 de fev. 2023.

PAZELLO, R. P. **Direito Insurgente e Movimentos Populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxiana ao direito**. 2014c. Tese de Doutorado – Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 08 de Agosto de 2014.

PAZELLO, R. P. **Direito Insurgente: para uma crítica marxista ao direito**. Volume 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021a.

PAZELLO, R. P.; ALVES SOARES, M. Entre o equilíbrio catastrófico e um jardim suspenso: dez anos de direito e marxismo, em movimento. **InSURgência: revista de direitos e movimentos sociais**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 181–200, 2022. DOI: 10.26512/revistainsurgencia.v8i2.44224. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/44224>. Acesso em: 14 fev. 2023.

PAZELLO, R. P.; PINTO, A. S. N.; NUNES, G. C. Gritos por dentro e por fora da ordem: legalidade e ilegalidade nos discursos políticos dos movimentos populares após 17 de junho de 2013. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 1, p. 109-130, 29 jun. 2015. Disponível em:< <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/701/252>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

PAZELLO, R. P. Jardim suspenso entre dois céus: um estado sobre o estado da arte da relação entre marxismo e direito no Brasil, hoje. In: **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 20, mai./ago., 2021b. Disponível em: < <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/51564/30434>>. Acesso em: 14 fev. 2023

PAZELLO, R.P., 2015. Os momentos da forma jurídica em Pachukanis. **Verinotio—Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas**, (19), pp.133-143. Disponível em: <http://www.verinotio.org/conteudo/0.81125154235517.pdf> . Acesso em: 17 fev. 2023.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**: progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PISARELLO, Gerardo. **Procesos Constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

POMPERMAYER, Marina de S. et FERNANDES, João Pedro Lopes. A Democracia no Fio da Navalha entre Expectativas Normativas Igualitárias e Imperativos Sistêmicos: a importância do conteúdo normativo do Discurso Filosófico da Modernidade. In: GALUPPO, Marcelo Campos et al (org.) **Democracia e risco**: perspectivas da Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2022. pp. 227-250.

POWELL, Stephen. The Legal Nihilism of Pashukanis. **University of Florida Law Review**. Vol. 20 n. 18. 1967-1968. pp.18-32.

PRATES, Francisco de Castilho. **Um Ensaio sobre a Relação Geracional entre Democracia e Constitucionalismo**: algumas notas exploratórias. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

QUARTIM DE MORAES, João et REIS, Daniel Aarão. **História do Marxismo no Brasil: O Impacto das Revoluções**. Volume 1. 2ª Edição. Campinas: Editora da Unicamp, 2007a.

QUARTIM DE MORAES, João. **História do Marxismo no Brasil: Teorias**. Interpretações Volume 3. Campinas: Editora da Unicamp, 2007b.

QUEIROZ, Henrique Pereira de. **A Contradição Interna da Forma Jurídica Moderna: um diálogo com Evguiéni Pachukanis e Franz Neumann**. Belo Horizonte. 2023. 13p. *Manuscrito*.

QUEIROZ, Henrique Pereira de. **Constituição, Capitalismo e Demo/cracia**: Otto Kirchheimer e Franz Neumann sob Weimar. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Belo Horizonte, 2023.

QUEIROZ, Henrique Pereira de et FERNANDES, João Pedro Lopes. **Exceção, Periferia e Capitalismo**: o que resta do constitucionalismo? Belo Horizonte: 2023. *Manuscrito*.

QUEIROZ, Henrique Pereira de et FERNANDES, João Pedro Lopes. O Projeto Constitucional de 1988 e as Tensões entre Capitalismo e Democracia: primeiras aproximações. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. et GOMES, David F. L. **30 anos e agora?** Direito e Política nos Horizontes da República de 1988. Em Homenagem a Juarez Guimarães. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. pp. 471-481.

RIBAS, Luiz Otávio et PAZELLO, Ricardo Prestes. Direito Insurgente: (des)uso tático do direito. In: KASHIURA JR., Celso Natoto; AKAMINE JR., Oswaldo; MELO, Tarso de (orgs.). **Para a Crítica do Direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas**. São Paulo: Editora Dobra, 2015. p.147-166.

RIDENTI, Marcelo; REIS, Daniel Aarão (orgs.). **História do Marxismo no Brasil**: partidos e organizações dos anos 1920 aos 1960. Volume 5. Campinas: Editora da Unicamp, 2007e.

RIDENTI, Marcelo; REIS, Daniel Aarão (orgs.). **História do Marxismo no Brasil: partidos e movimentos após os anos 1960**. Volume 6. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

RODRIGUES, Lidiane Soares. Amar um Autor: os marxistas nas universidades brasileiras e os "intérpretes do Brasil". **Revista Estudos Históricos**, v. 32, n. 67, mai./ago. Rio de Janeiro, 2019. p.501-529. Disponível em:<
<https://www.scielo.br/j/eh/a/HW9TvkpZrPJyLZWWhbYVwWQ/?format=html&lang=pt#>>.
Acesso em: 19 out. 2023.

RODRIGUES, Lidiane Soares. Los Marxistas Brasileños: oposición e interdependencia de un espacio (1958-2014). **Revista Políticas de la Memoria: Pasado y Presente de la Cultura Marxista en el Brasil**. n. 18. 2018.verano 2018/2019. pp. 169-184.

SARTORI, V. B. Direito e politicismo no Brasil: para uma análise da conjuntura nacional pré e pós golpe. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, 2017. DOI: 10.35699/2525-8036.2017.5048. Disponível em:
<https://periodicos.ufmg.br/index.php/revice/article/view/5048>. Acesso em: 14 fev. 2023.

SARTORI, V. B. **Lukács e a Crítica Ontológica ao Direito**. São Paulo: Cortez, 2010.

SARTORI, V. B. O que é crítica ao Direito? In: KASHIURA JÚNIOR, C. N.; AKAMINE JÚNIOR, O.; MELO, T. (orgs.). **Para a Crítica do Direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas**. São Paulo: Dobra, 2015, p. 353-358.

SALLES, Ernane. **Constitucionalismo do Atraso**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
SEVAYBRICKER MOREIRA, Marcelo. Democracias no Século XXI: Causas, Sintomas e Estratégias para Superar. **Lua Nova: Revista de cultura e Política**, n.211, set. 2020, p.15-49.

SOARES, M. A.. **O equilíbrio catastrófico da teoria marxista do direito no Brasil**. Blog da Boitempo, 2020. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/01/23/o-equilibrio-catastrofico-da-teoria-marxista-do-direito-brasileira/>. Acesso em: 14 fev. 2023.

SMALL, Robin. Educação (verbete). In: MUSTO, Marcello (org.). **O Renascimento de Marx: Principais Conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária e Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.449-464.

STUTCHKA, Piotr. **O Papel Revolucionário do Direito e do Estado: Teoria Geral do Direito**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. Pesquisa, organização, revisão técnica e apresentação de Ricardo Prestes Pazello e Moisés Alves Soares. São Paulo: Editora Contracorrente, 2023.

TESCHKE, Benno. Guerra e Relações Internacionais (verbete). In: MUSTO, Marcello (org.). **O Renascimento de Marx: Principais Conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária e Fundação Perseu Abramo, 2023. pp. 405-426

THOMPSON, E. P. **A Miséria da Teoria e outros ensaios**. Petrópolis: Vozes, 2021.

VARGA, Csaba. **Transition to Rule of Law: On the Democratic Transformation in Hungary**. Budapest: Institute for Legal Studies of the Hungarian Academy of Sciences, 1995.

WALLERSTEIN, Immanuel. Marxismo (verbete). In: MUSTO, Marcello (org.). **O Renascimento de Marx: Principais Conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária e Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.497-516.

WOOD, Ellen Meiksins. Democracia (verbete). In: MUSTO, Marcello (org.). **O Renascimento de Marx: Principais Conceitos e Novas Interpretações**. São Paulo: Editora Autonomia Literária e Fundação Perseu Abramo, 2023. pp.97-118.