

Sobre A Teoria da Constituição como Teoria Crítica: Marcelo Cattoni, democracia *sem espera* e constitucionalismo *por vir*

Constitutional Theory as Critical Theory: Marcelo Cattoni, democracy *whitout delay* and constitutionalism *to come*

David Francisco Lopes Gomes¹

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/Brasil)
davidflg@ufmg.br

Resumo

Este artigo aborda a obra teórica de Marcelo Cattoni, principalmente sua tese sobre uma teoria crítica da Constituição. Para tanto, em primeiro lugar, reconstrói-se a trajetória teórico-bibliográfica de Marcelo Cattoni antes de seu livro “Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição”. Em seguida, apresentam-se a estrutura e os principais argumentos desse livro. Finalmente, levantam-se algumas questões críticas que talvez possam contribuir para o relevante diálogo que Marcelo Cattoni vem propondo entre Teoria da Constituição e Teoria Crítica no Brasil.

Palavras-chave: Teoria da Constituição, Teoria Crítica, Marcelo Cattoni.

Abstract

This paper approaches the theoretical work of Marcelo Cattoni, mainly his thesis about a critical theory of Constitution. To do so, first it reconstructs the Marcelo Cattoni's theoretical-bibliographic trajectory before his book “Contributions to a Critical Theory of Constitution”. Next, it presents the structure and the main arguments of that book. Finally, it raises some critical issues that could maybe contribute to the relevant dialogues that Marcelo Cattoni has been proposing between Constitutional Theory and Critical Theory in Brazil.

¹ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Rua João Pinheiro, 100, Centro, CEP 30.180-100, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.

Keywords: Constitutional Theory, Critical Theory, Marcelo Cattoni.

Introdução

No dia 24 de março de 2017, a Sala da Congregação da Faculdade de Direito da UFMG recebia a defesa da tese de titularidade do professor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira na área de direito constitucional, com banca composta pelos professores titulares Gilberto Bercovici, Luís Roberto Barroso, Marcelo Neves e Misabel Derzi. O fato, por si só, da defesa da tese já mereceria destaque: desde o início da década de 1980, quando José Alfredo de Oliveira Baracho tornou-se professor titular, aquela Faculdade de Direito, um dos polos do direito público brasileiro ao longo da história, não presenciava um evento que pudesse conduzir um professor a uma posição semelhante. Em termos mais estritos, se se leva em conta que a filiação formal do professor José Alfredo de Oliveira Baracho era mais diretamente à teoria geral do Estado, desde a defesa da cátedra do professor Raul Machado Horta, em 1964, a Faculdade de Direito da UFMG não tinha um professor em um cargo equivalente no campo do direito constitucional.

Para além desse caráter histórico do evento, o conteúdo da tese que ali era defendida revelava o resultado de toda uma trajetória dedicada às aproximações entre o direito constitucional, a Teoria da Constituição e a Teoria Social², aproximações que culminavam em um texto denso, prenhe de tensões, algumas vezes árduo, e, por causa mesmo de tudo isso, extremamente singular em sua qualidade.

No presente artigo, gostaria de me debruçar sobre tal texto. Antes disso, porém, parece-me fundamental resgatar brevemente os principais momentos da trajetória intelectual percorrida pelo professor Marcelo Cattoni em direção às suas “Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição” – título dado ao texto defendido naquele dia 24 de março. Ao final do artigo, por sua vez, apresento considerações que, espero, talvez possam contribuir para a continuidade do desenvolvimento de uma abordagem da Teoria da Constituição como Teoria Crítica.

De um ponto de vista metodológico, meu caminho é traçado reconstruindo os argumentos de Marcelo Cattoni por meio de uma crítica imanente a seus próprios escritos: esse continua sendo um dos sentidos possíveis de “reconstrução” como método crítico na obra de J. Habermas (2016)³.

Passos preparatórios

É sempre arriscado projetar no passado a presença de um sentido que se expõe claramente apenas mais à frente no tempo. No que diz respeito ao processo de formação de ideias, entretanto, dificilmente não é esse o caso. A condição hermenêutica da vida humana e o inarredável laço que une uma mesma pessoa em torno de uma identidade que é a sua torna indisponíveis saltos que provoquem rupturas absolutamente drásticas entre momentos diferentes da obra de um autor. Sem dúvida, correções, mudanças de perspectiva, de

2 Dada a importância das categorias “Teoria da Constituição”, “Teoria Social” e “Teoria Crítica” para o alcance das finalidades deste artigo, optei por grafá-las com iniciais maiúsculas. Não há, no entanto, nenhum pressuposto ontológico mais forte nessa opção.

3 Conferir, por todos, o modo como J. Habermas (2010, p. 177-181) explicita esse método e dele se vale em sua “Teoria da Ação Comunicativa” (2010). Para um debate sobre as tensões em torno dessa categoria habermasiana, cf. NOBRE; REPA, 2012.

diagnóstico e de prognóstico, acontecem com elevada frequência, mas elas – inclusive aquelas que parecem mais radicais – podem sempre ser reconduzidas a alguma relação com aquele conjunto de ideias que antecedia as novas formulações: no limite, é impossível que saltemos de nós para darmos início, *ex nihilo*, a um novo começo de nós mesmos.

Se assim o é, tanto aquilo que veio a consubstanciar-se na tese intitulada “Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição” ilumina os textos teóricos anteriores de M. Cattoni quanto esses textos igualmente lançam luzes sobre aquela tese.

O plexo desses textos teóricos anteriores pode ser dividido em três grandes blocos, caracterizáveis da seguinte maneira: um bloco mais voltado a problemas diretamente dogmáticos do direito constitucional; um bloco cuja preocupação precípua é menos com a dogmática constitucional e mais com questões de ordem teórico-constitucional; e um bloco em que o que está em jogo é menos a Teoria da Constituição e mais a Teoria Social tomada em um sentido amplo, o que abrange áreas como a filosofia, a sociologia, a ciência política, a literatura e a história.

Essa divisão precisa ser apresentada com a ressalva de não estar referida a blocos estanques e incomunicáveis entre si, mas a dimensões distintas que, em boa parte das vezes, sobremaneira nos textos mais recentes, superpõem-se em um mesmo trabalho. Por outro lado, embora também não se refira a uma sequência cronológica entre os blocos ou entre os textos que os compõem, ela possui um valor heurístico e, por isso, uma relevância didática.

No que tange aos textos devotados mais imediatamente à dogmática constitucional, os primeiros que precisam ser citados são a dissertação de mestrado e a tese de doutorado⁴. Naquela, o que está em jogo é uma interpretação do mandado de injunção adequada ao Estado Democrático de Direito, interpretação que não abrisse mão da prestação jurisdicional devida no caso concreto, mas também não desfigurasse a separação de poderes e os requisitos de legitimidade que ela traz consigo ao pretender transformar essa prestação jurisdicional em algo como uma norma com características de generalidade e abstração que somente do poder legislativo poderiam emanar (Cattoni, 1998).

Por seu turno, a tese de doutorado permanece preocupada com a prestação jurisdicional, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas desloca o escopo da análise: o objeto passa a ser o controle de constitucionalidade, o processo constitucional no bojo do qual se trata não tanto de “justificar a validade das normas jurídicas legislativas, mas sim de averiguar a constitucionalidade e a regularidade do processo legislativo, aplicando a Constituição” (Cattoni, 2000, p. 122). Novamente, o problema é o de como estabelecer uma interpretação desse processo constitucional que seja adequada ao Estado Democrático de Direito.

A dedicação de M. Cattoni a temas imediatamente dogmáticos continuará ao longo do tempo, sendo que, nos últimos anos, seus escritos com esse teor em geral aparecem inicialmente em portais e sítios eletrônicos sob a forma de intervenções cientificamente qualificadas no debate público⁵. No entanto, para o que aqui interessa, o mais importante é perceber que, já ali na elaboração da dissertação de mestrado e da tese de doutoramento, as reflexões dogmáticas não emergem descoladas de preocupações relativas à Teoria da Constituição. Afinal, na medida em que se tratava de discutir tanto o mandado de injunção

4 Ambas publicadas posteriormente como livro: a dissertação de mestrado sob o título de “Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do Mandado de Injunção” (CATTONI, 1998); a tese de doutorado sob o título de “Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo” (CATTONI, 2000).

5 Conferir, por exemplo, as compilações de textos presentes nestes dois livros: CATTONI; BAHIA; BACHA E SILVA, 2016; CATTONI; BAHIA; NUNES; BACHA E SILVA, 2018.

quanto o controle de constitucionalidade à luz do Estado Democrático de Direito, colocava-se como algo impostergável a própria pergunta pelo Estado Democrático de Direito, suas origens, sua história e seus fundamentos de legitimidade – e nas respostas a essas perguntas já se anunciava a aproximação com a Teoria Crítica por meio da obra de Jürgen Habermas.

É, pois, de dentro de problemas dogmáticos que estavam no cerne do debate constitucional brasileiro da época - a interpretação e a efetivação dogmática do mandado de injunção e do controle de constitucionalidade no horizonte da Constituição de 1988 - que se impõe, como que por uma exigência imanente, a mudança de nível de reflexão e argumentação: de um nível primariamente concreto – em que se trata de definir aspectos como natureza jurídica, efeitos de provimento, competência, procedimento, limites – para um nível primariamente abstrato.

Essa passagem a textos cuja primazia pertence a elementos teórico-constitucionais pode ser constatada em livros como “Direito Constitucional” (Cattoni, 2002) e “Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito” (Cattoni, 2004a), mas se explicita melhor com o lançamento de “Teoria da Constituição” (Cattoni, 2012) – obra que retoma e atualiza capítulos publicados anteriormente naqueles outros dois livros, bem como acrescenta a eles os novos resultados de pesquisas que haviam sido realizadas ao longo da segunda metade dos anos 2000. Ali, coloca-se desde o início o objetivo de desdobrar o que seria uma Teoria da Constituição fundada numa teoria discursiva do direito e da democracia de inspiração habermasiana. Nesse sentido, “*o papel da Filosofia do Direito*” consistiria “*fundamentalmente (...) na reconstrução da autocompreensão normativa do Estado Democrático de Direito*” (Cattoni, 2012, p. 25), de modo que a filosofia do direito pudesse ser redefinida como filosofia do direito constitucional (Cattoni, 2012, p. 25-27) e a teoria do direito devesse “*ser compreendida fundamentalmente como Teoria da Constituição*” (Cattoni, 2012, p. 27).

Retornarei a esse ponto mais à frente, no momento de reconstruir a argumentação central da tese de titularidade de M. Cattoni. Por ora, o relevante é chamar atenção para o fato de que, nesse momento de sua obra, dois dos pilares axiais de suas “Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição” já estão erigidos: a habilidade de lidar com problemas dogmáticos complexos e a compreensão dos fundamentos e da arquitetura geral da Teoria Social habermasiana e do papel nela desempenhado pelo direito.

Mas faltavam ainda dois outros pilares, que irão sendo construídos entre o final da década de 2000 e o início da década de 2010⁶, correspondendo àquele terceiro bloco de textos, nos quais a Teoria Social em sentido amplo vem para o primeiro plano das análises. Três textos sintetizam tais pilares.

O primeiro deles é “Pensando Habermas *para além* de Habermas: a relação interna entre Estado de Direito e democracia na obra recente de Habermas – uma revisão?” (Cattoni, 2009, destaques do original). Nesse artigo, a crítica principalmente aos desenvolvimentos da obra habermasiana que giram em torno da tese da sociedade pós-secular (Habermas, 2008) catalisa tanto o início de um afastamento em relação à obra de Jürgen Habermas – à qual M. Cattoni havia permanecido estritamente filiado até então – quanto o início da aproximação mais intensa em relação a outras referências teóricas.

Esse processo de alteração dos referenciais teóricos determinantes de seu pensamento continuará presente e se agudizará nos outros dois textos que sintetizam sua produção

⁶ Mais especificamente, trata-se do período que se estende da elaboração de seu projeto de pós-doutorado, realizado na *Università degli studi di Roma III* sob a supervisão de Giacomo Marramao, até a elaboração do projeto de pesquisa com o qual M. Cattoni viria a tornar-se bolsista de produtividade do CNPq.

acadêmica no período em questão, e deve ser lido, como se verá adiante, menos como uma guinada que significasse o abandono da base habermasiana e mais como uma complexificação que tensiona a obra de Jürgen Habermas colocando-a em diálogo com outras referências e tradições conceituais.

Dessas outras referências e tradições, caberia destacar quatro – nem todas já tematizadas nesse primeiro texto a que me estou referindo: Walter Benjamin (2005; 2007) e sua proposta de uma história escovada a contrapelo; Giacomo Marramao (2018) e suas reflexões sobre o problema dos direitos humanos no contexto global – a tese do universalismo da diferença e as teses a ela correlatas; Axel Honneth (2003; 2007; 2015) e suas reflexões sobre reconhecimento e sobre a reconstrução normativa como método crítico; Jacques Derrida (1994; 2003; 2008), a desconstrução e a *différance*.⁷

O segundo texto contém duas das formulações mais importantes de M. Cattoni: a democracia *sem espera* – diretamente inspirada no conceito de “messianismo sem espera” com o qual G. Marramao (2009) lê W. Benjamin – e o constitucionalismo *por vir*⁸ – diretamente inspirado na distinção derridiana entre futuro (*futur*) e porvir (*avenir*).

Com o título “Democracia *sem espera* e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada ‘transição política brasileira’” (Cattoni, 2011c, destaques do original), seu propósito, como o título anuncia, é criticar as leituras hegemônicas, carregadas de certo tom oficial, sobre a transição vivenciada pelo Brasil da ditadura de 1964 para a democracia. Resgatando a ampla participação popular nesse processo, as idealidades imanentes a essa participação e o modo como a Constituição de 1988 se articula com essas idealidades – podendo ser lida, em boa medida, como uma tradução jurídico-normativa delas –, M. Cattoni opõe-se à tese da incapacidade da sociedade brasileira para a democracia, tese cuja consequência é a condenação dessa sociedade a viver, no máximo, em uma democracia limitada, que dificilmente pode ser diferenciada de um regime autoritário.

Embora seja essa uma velha tese, disponível com versões variadas em distintos autores, na obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho ela ganha uma clareza poucas vezes vista: dada a limitação de seu povo, a democracia possível para o Brasil seria o regime instaurado em 1964. É contra essa concepção de uma “democracia possível” (Ferreira Filho, 1979) que M. Cattoni cunha o conceito de uma democracia *sem espera*, sustentando que a transição para a democracia poderia ser compreendida como “*um processo constituinte democrático de longo prazo*” (Cattoni, 2011c, p. 228) a partir do qual se desenha uma Constituição “*como projeto aberto e permanente de construção de uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais*” (Cattoni, 2011c, p. 229). Do conceito desprende-se que seria insustentável continuar afirmando, em uma abordagem reificada e reificante, a minoridade da sociedade brasileira perante os desafios representados pela vida democrática moderna, sendo necessário reconhecer, no transcurso da história dessa sociedade, o processo de aprendizagem democrática já vivenciado, ainda que de maneira fragmentária.

Em outras palavras, não se pode insistir em projetar uma democracia futura frente a um povo ainda incapaz para ela; deve tratar-se, ao contrário, de afirmar a vivência dessa democracia já em curso aqui e agora, e que, por isso mesmo, não pode esperar mais para ser institucionalizada, com todas as suas pretensões internas, em todas as esferas da vida social.

7 Outras duas referências importantes nesse período são as reflexões, na quadra de uma reflexão filosófica sobre a história, de R. Koselleck (2006) e de P. Ricoeur (2007). Todavia, o valor posicional delas para a obra de M. Cattoni parece-me secundário em face do arcabouço teórico de W. Benjamin, G. Marramao, A. Honneth e J. Derrida.

8 Tanto a expressão “*sem espera*” do conceito de democracia *sem espera* quanto a expressão “*por vir*” do conceito de constitucionalismo *por vir* são em geral grafadas por M. Cattoni com o destaque em itálico, razão pela qual foi mantida essa grafia aqui.

Por outro lado, quase à maneira de um paradoxo, essa democracia *sem espera* entrelaça-se com um constitucionalismo *por vir*. A experiência, já em curso, aqui e agora, da democracia precisa ser afirmada, o que significa que a democracia não pode ser adiada para o futuro; mas, neste aqui e agora, a democracia e o constitucionalismo a ela internamente conectado permanecem sempre abertos a um futuro ele mesmo sempre em aberto:

E isso porque a constitucionalização é a expressão de “uma fundação como promessa” e, portanto, está sempre *por-vir*, por ser processo não linear e por vezes descontínuo de aprendizagem social, de abertura a um futuro-em-aberto, a um *porvir* (...). Este *por-vir* – esta abertura, por assim dizer, – é *cobrado* ao presente por seu passado, na própria dinâmica interna de constitucionalização. (Cattoni, 2011c)

Constitucionalismo, democracia e temporalidade enredam-se numa tessitura complexa. Não é possível adiar a democracia e o constitucionalismo para um futuro que nunca chega, e não é possível tanto porque a democracia já chegou – ainda que seja nos fragmentos de sua difícil história entre nós – quanto porque ela, ao chegar, ao ter chegado, sempre vem transpassada por uma abertura radical ao que ainda pode vir, isto é, uma abertura não a um futuro com a face pré-determinada – futuro que, justamente por ter a face pré-determinada, pode reiteradamente ser adiado –, mas a algo outro que é exatamente o *porvir*, “um futuro-em-aberto”.

Essa discussão do processo de transição ditadura-democracia no Brasil conduz M. Cattoni a um caminho de estreitamento dos vínculos de sua reflexão teórica com o campo da história. Não por acaso, esse segundo texto a que ora me refiro viria a integrar uma coletânea intitulada “Constitucionalismo e História do Direito” (Cattoni, 2011a). No primeiro capítulo desse livro, nomeado “Notas programáticas para uma nova história do processo de constitucionalização brasileiro” (Cattoni, 2011b), aquela hipótese de compreensão da transição ditadura-democracia é ampliada para a história constitucional brasileira como um todo:

o processo de constitucionalização brasileiro articula memória e projeto, experiência e expectativa – e, assim, deixa entrever as suas relações com o tempo histórico. (...) as relações que a constitucionalização brasileira desenvolve com o tempo histórico podem ser compreendidas como processo não linear e descontínuo, reconstruído como processo de lutas por reconhecimento e de aprendizagem social com o Direito, que se realiza ao longo da história, todavia sujeito a interrupções e a tropeços, mas que também é capaz de se autocorrigir. (Cattoni, 2011b, p. 19-20)

Tal inquietação histórica, contudo, não se resumia a uma inquietação historiográfica. Ao contrário, ela se traduzia em uma inquietação relativa ao modo como a história do Brasil, e particularmente a história do constitucionalismo brasileiro, tinha sido e vinha sendo interpretada por um rol de autores consagrados, que juntos formariam a chamada tradição dos “retratos do Brasil” ou dos “intérpretes do Brasil”. Ou seja, tratava-se primariamente de uma inquietação relativa à Teoria Social brasileira, às interpretações clássicas de autores como Sérgio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Gilberto Freyre, ou de autores contemporâneos como Jessé Souza e Bernardo Sorj.

Desdobramentos e revisões sucessivas desse capítulo inicial do livro “Constitucionalismo e História do Direito” resultariam no projeto de pesquisa com o qual M. Cattoni se tornaria pesquisador bolsista de produtividade do CNPq, sendo esse projeto o terceiro dos três textos a que acima aludi. Na versão consolidada desse texto, que corresponde à versão elaborada em 2015, lê-se expressamente que a investigação devotada a “*uma nova história e teoria do processo de constitucionalização brasileiro*” será realizada “*no marco de uma Teoria Crítica da Constituição*”, assumindo “*a herança e os desafios atuais da tradição da Teoria Crítica da Sociedade*” (Cattoni, 2015).

Expostos brevemente os elementos centrais desses três textos, quais seriam, então, os dois pilares restantes das “Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição” passíveis de serem neles mapeados? Um deles seria a abertura da concepção de Teoria Social, e de Teoria Crítica, para além do modelo teórico de Jürgen Habermas; o outro, o diálogo com a tradição dos intérpretes do Brasil. Paralelamente, como se percebe no projeto de pesquisa do CNPq, vai ficando mais nítida para M. Cattoni sua própria filiação à Teoria Crítica da sociedade.

O texto da tese: a Teoria Crítica da Constituição e a superação do dualismo no trato da relação entre fatos e normas

Quatro seriam, portanto, os pilares de sustentação da proposta de uma Teoria da Constituição como Teoria Crítica, ou melhor, os pilares de sustentação de uma Teoria Crítica da Constituição: o manuseio de ferramentas dogmáticas; a arquitetura geral da Teoria Social habermasiana e do papel nela desempenhado pelo direito; o tensionamento dessa Teoria Social habermasiana a partir do diálogo com outras referências teóricas também dedicadas a pensar a sociedade moderna como um todo⁹; o questionamento da tradição dos “intérpretes do Brasil”. Dispersos por textos que podem ser divididos em três blocos de predominância relativa de temas e níveis de reflexão e argumentação, esses pilares vão sendo construídos ao longo de cerca de duas décadas, ao final das quais sobre eles erige-se a tese de titularidade de M. Cattoni.

Sua estrutura é a seguinte: além da introdução e das considerações finais, que apenas sintetizam o que fora exposto até ali, são cinco capítulos ao todo. No primeiro, é apresentado o debate no qual emerge a Teoria da Constituição como campo disciplinar autônomo, ganhando destaque o contraponto dos autores de Weimar em relação ao dualismo metodológico de Georg Jellineck. O segundo capítulo é dedicado a mostrar como o dualismo metodológico permanece ativo na reflexão teórico-constitucional do pós-Segunda Guerra, agora na obra de Karl Loewenstein. O capítulo terceiro é uma espécie de ponto de inflexão da obra: por meio da crítica aos pressupostos da classificação ontológica de K. Loewenstein, M. Cattoni abre o caminho para, no capítulo quarto, tratar de sua compreensão da Teoria da Constituição como chave interpretativa do direito constitucional. Por fim, no quinto capítulo, a partir de um diálogo com Friedrich Müller, é discutido como opera essa chave hermenêutica quando se trata do direito constitucional sendo interpretado por uma Teoria Crítica da Constituição.

Para a compreensão dessa tese, um primeiro passo é saber a que se refere Marcelo Cattoni ao propor uma “Teoria Crítica da Constituição”. Na medida em que existe um amplo debate sobre os sentidos possíveis de uma Teoria Crítica¹⁰, sobretudo quando ela é estendida para além do restrito círculo de Frankfurt, qual seria o elemento crítico da Teoria da

⁹ Como dito acima, principalmente, W. Benjamin, G. Marramao, A. Honneth e J. Derrida.
¹⁰ Conferir FLECK, 2017; NOBRE, 2008.

Constituição lida como Teoria Crítica? Esse elemento crítico decisivo, que certamente exige uma explicação detalhada à qual se dedicam os parágrafos abaixo, diz respeito ao tratamento da relação entre realidade e idealidade – entre facticidade e validade, entre efetividade e legitimidade, entre fatos e normas, enfim – não aos moldes de um hiato ou de uma metafísica dualista, mas como tensão.

Para tornar mais claro como a abordagem dessa relação a partir da categoria da “tensão” traria um contributo inovador para a Teoria da Constituição, um passo indispensável para M. Cattoni é, no espírito de Max Horkheimer, designar o que seria uma “Teoria Tradicional da Constituição”, à qual a Teoria Crítica da Constituição viria opor-se. Logo na abertura da tese, o perfil dessa “Teoria Tradicional” é assim desenhado:

uma teoria tradicional da constituição, que ainda se perde no impasse entre o normativismo universalista típico de uma teoria geral do direito público e o realismo particularista das chamadas teorias das instituições políticas. Teoria tradicional da constituição a ser superada que ainda mantém, de uma forma ou de outra, a herança jellinekiana de uma metodologia dualista, entre um enfoque jurídico-normativo (*dever-ser*) e/ou um enfoque sociopolítico (*ser*), de abordagem do direito e do Estado. Teorias do Direito e do Estado cujos dilemas perpassam toda a disputa, desde fins do século XIX, sobre seus objetivos e métodos marcando, assim, as teorias constitucionais clássicas, de Kelsen e de Schmitt, de Smend e de Heller, a Loewenstein; e após. (CATTONI, 2017, p. 1, destaques do original).

A alusão última, portanto, seria às “indagações metodológicas” (Cattoni, 2017, p. 11) de G. Jellinek (2000) em seu clássico “Teoria Geral do Estado”. Ali, a disputa, típica do final do século XIX na Alemanha, entre legalistas e organicistas no âmbito de “uma já envelhecida Teoria do Estado” (Cattoni, 2017, p. 11) teria levado G. Jellinek a uma tentativa de superar essa querela por meio de um dualismo metodológico:

Os tipos segundo os quais há de investigar a doutrina do Estado coincidem com as duas posições científicas a partir das quais se pode considerar o Estado: o histórico-social e o jurídico. Para a investigação de um e de outro aspecto da vida do Estado são necessários métodos diferentes. Se conhece a natureza social do Estado mediante métodos que são usados nas ciências históricas e sociais; a natureza jurídica, pelo método jurídico. (Jellinek, 2000, p. 84)

Não obstante o mérito de procurar observar o Estado para além de uma perspectiva unilateral, segundo M. Cattoni (2017, p. 15, destaques do original) “no dualismo metodológico jellinekiano, a análise histórico-social permanece externa à análise jurídica”, de modo que seja possível conceber “uma constituição material *para além* ou mesmo *contra* a constituição formal”. Essa seria a “herança jellinekiana”, que teria atravessado gerações e, ainda hoje, marcaria aquilo que se poderia chamar de uma Teoria Tradicional da Constituição.

Entretanto, no momento mesmo de surgimento de uma Teoria da Constituição como disciplina autônoma em face da velha Teoria do Estado – assim como em face da Teoria das

Instituições Políticas e da Teoria Geral do Direito Público – esse problema metodológico não teria sido simplesmente recepcionado. O debate da República de Weimar entre autores como Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hans Kelsen e Hermann Heller colocaria, desde o início, no centro de suas atenções o problema tanto da definição de seu objeto – o que é uma Constituição? – quanto da definição subsequente do método para estudá-lo. É nesse sentido que M. Cattoni (2017, p. 16, destaques do original) destacará aquilo que seria “o enfoque *problematizante*, típico, da Teoria da Constituição”, isto é, um enfoque que faria da Teoria da Constituição um campo que problematiza, o tempo todo, a si mesmo, colocando constantemente em xeque suas próprias bases epistemológicas e metodológicas.

Em que pese a relevância do debate de Weimar, porém, ele não conseguiria romper suficientemente com o dualismo metodológico jellinekiano. Mas, se o enfoque problematizante viria marcar a Teoria da Constituição como campo disciplinar autônomo, as gerações seguintes continuariam a perguntar-se pelo objeto desse campo e pelos métodos adequados para estudá-lo. Nesse horizonte, K. Loewenstein mereceria destaque, a um só tempo pela grandeza de sua empreitada teórica e pela intensidade com que agravaria a herança dualista que M. Cattoni faz remontar a G. Jellinek.

A famosa classificação ontológica das Constituições de K. Loewenstein (1952; 1976) vale-se dos critérios de legitimidade e efetividade para definir três tipos básicos de Constituição: as normativas – legítimas e eficazes –, as nominais – legítimas, mas não eficazes –, e as semânticas – eficazes, mas não legítimas. Com isso, K. Loewenstein insistiria na possibilidade de observar separadamente a realidade política e social – os fatos – e a idealidade – as normas –, para apenas em seguida perguntar-se pela correspondência ou não entre essas duas dimensões assumidas, de partida e numa perspectiva ontológica, como pertencentes a universos distintos (Cattoni, 2017, p. 51-77).

Sendo esse o perfil daquilo que M. Cattoni entende por “Teoria Tradicional da Constituição”, como sua proposta de uma “Teoria Crítica da Constituição” se diferenciaria? A crítica dirigida ao próprio K. Loewenstein abre o caminho de resposta:

não podemos tratar a questão da legitimidade e da efetividade constitucionais em termos *quase platônicos*. Isso quer dizer: que haveria um direito acima da sociedade e que a organização dessa sociedade refletiria, em maior ou menor grau, esse direito superior; ou, então, que essa sociedade se aproximaria, em maior ou em menor medida, desse direito supostamente superior. (Cattoni, 2017, p. 55, destaques do original)

E mais à frente:

O problema, aqui, é, justamente, a própria ideia de *correspondência ou concordância*, que implica uma perspectiva sociologicamente anacrônica, por parte de Loewenstein, a correr o risco de não considerar de modo adequado o próprio fato de que a constituição não está *acima* ou *fora* da sociedade;

mas, sim, *desde sempre*, a constituição está *inserida* nela, sociedade, ainda que de forma tensional. Afinal, correspondência pressupõe distinção, encobre uma hierarquia, ela mesma, não problematizada. (Cattoni, 2017, p. 68, destaques do original).

Ou seja, o elemento crítico da Teoria Crítica da Constituição de Marcelo Cattoni consistiria em compreender que não há uma espécie de diferença ontológica entre realidade fática e idealidade normativa. Toda realidade da vida coletiva humana é, como realidade, internamente permeada por expectativas normativas, por idealidades que orientam, desde dentro, o agir em sociedade. Em outras palavras, a suposta brutalidade dos fatos nunca é formada só por algo como “fatos brutos”. Se aquilo a que se costuma referir como “realidade social” ou “realidade política e social” não pode ser outra coisa senão a totalidade das interações humanas, a totalidade das ações humanas em um dado espaço e em um dado tempo, é preciso entender que toda ação humana em sociedade, toda *ação social*, é sempre condicionada, ao menos em parte, pelas expectativas que os seres humanos que interagem carregam consigo, pelos medos e esperanças que possuem, pelos valores e objetivos pelos quais se guiam. Logo, a própria suposta brutalidade dos fatos, a “realidade social” ou “realidade política e social” ela mesma, não se dá a conhecer sem que se tome nota desse conjunto de expectativas, medos e esperanças, valores, objetivos – enfim, sem esse conjunto de idealidades que conformam, de dentro, os supostos fatos brutos. Na medida em que as normas jurídicas são parte – uma parte das mais importantes na Modernidade – desse conjunto de idealidades, não se pode pretender primeiro descrever os fatos de uma sociedade, em seguida descrever as normas dessa sociedade, e, somente após esses dois passos conduzidos separadamente, perguntar pela correspondência entre uns e outras: o critério normativo para julgar os fatos é imanente a eles. Pois as normas jurídicas dessa sociedade, como integrantes do conjunto de idealidades que a permeiam, conformam internamente o que seriam seus supostos “fatos brutos”. Para uma Teoria da Constituição que busca compreender “*a normatividade constitucional como parte de seu próprio contexto político-social*” (Cattoni, 2017, p. 78), Ser e dever-ser coexistem em tensão, não separados por um hiato ou um abismo ontológico. E é esta tensão que configura qualquer sociedade moderna: uma tensão entre realidade e idealidade, entre facticidade e validade, entre legitimidade e efetividade.

Por conseguinte, quando uma Constituição exsurge como Constituição, não emerge do nada, mas expressa expectativas presentes na sociedade na qual emerge quanto a si mesma, quanto àquilo que ela – a sociedade – deveria vir a ser como sociedade, expectativas relevantes a ponto de serem postas expressamente na principal estrutura da política e do direito modernos. Assim, essas idealidades que serão traduzidas como normas constitucionais já imanentemente conformam, exatamente por serem idealidades, a “realidade política e social” dessa sociedade, e, uma vez tornadas normas constitucionais, continuarão a fazê-lo. Por isso mesmo, uma Constituição *constitui*, reúne em torno de si e dá sentido de unidade a um corpo coletivo que se compreende como uma única sociedade e que tem atestada e reafirmada para si essa compreensão por meio precisamente de uma Constituição (Cattoni, 2006; 2017).

Contrariamente à tese predominante na Teoria Social brasileira e na Teoria da Constituição brasileira¹¹ - segundo a qual no Brasil as Constituições não constituem, as "leis não pegam", e a sociedade brasileira nem propriamente moderna seria - M. Cattoni insiste em que também aqui a relação entre Constituição e sociedade não é outra senão esta: como em qualquer sociedade moderna, as Constituições *constituem*, com as inevitáveis tensões que acompanham esse processo igualmente, ainda que em graus distintos, seja na Europa, nos Estados Unidos ou na América Latina.

Ao mesclar em si, de maneira tensa, o que essa sociedade é e o que ela pretende ser, o sentido de unidade que a Constituição lhe assegura não é só o de uma unidade no espaço, mas também o de uma unidade no tempo: uma Constituição moderna é o marco inaugural de um projeto constituinte (Cattoni, 2017, p. 111; 2006), de uma projeção que a sociedade por ela constituída tem para si no devir da história. Desse modo, é inelutável que toda Constituição moderna nasça com alguma dose de inefetividade, com a qual apenas numa dimensão temporal dilatada se pode lidar: do contrário, não teria sido necessária justamente uma Constituição. A ilusão de Constituições desde sempre plenamente legítimas e efetivas não é mais do que o reafirmar da ocultação de um amplo conjunto de vozes historicamente sufocadas internamente àqueles países - os países no Norte global, hoje diríamos - nos quais K. Loewenstein acredita encontrarem-se Constituições normativas.

Não é difícil ler nas entrelinhas dessa compreensão teórica a força da influência de Jürgen Habermas, sobretudo de suas contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia, reunidas principalmente no livro "Facticidade e Validade" (Habermas, 2005). Essa força fica ainda mais nítida nos momentos em que M. Cattoni assume explicitamente que sua Teoria Crítica da Constituição é construída "a partir de uma teoria da sociedade em termos de teoria da comunicação" (Cattoni, 2017, p. 9; 109).

Tal influência corrobora a afirmação de que um dos pilares que sustentam as "Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição" continua sendo a Teoria Social habermasiana. No entanto, como também afirmado, essa Teoria Social aparece tensionada pela aproximação com outras referências teóricas. A razão para isso é a seguinte: se é verdade que o critério normativo de julgamento dos fatos é imanente a eles - isto é, que a idealidade das normas não repousa em um mundo-além, mas já vige no aqui e no agora de uma sociedade posta -, é preciso atentar-se para os riscos de que essa idealidade historicamente situada, essa transcendência imanente, carregue consigo padrões opressivos que emergiram e ainda não se desmantelaram na história. Nesse sentido, uma história lida da perspectiva das derrotadas e dos derrotados, uma história que anseia por ser "escovada a contrapelo" (Benjamin, tese VII, 2005, p. 70) e messianicamente redimida (Marramao, 2009), recomenda certas ressalvas a uma teoria:

¹¹ Na Teoria Social brasileira, essa tese pode ser rastreada pelo menos de Sérgio Buarque de Holanda (1995) a Raymundo Faoro (2004), passando por nomes tão diferentes quanto Caio Prado Júnior (1987), Oliveira Viana (1927) e Roberto DaMatta (1986). Na Teoria da Constituição brasileira, são exemplares os trabalhos de Marcelo Neves (2016), Fábio Konder Comparato (2007), Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2008), Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) e Lenio Luiz Streck (2014).

que, sabendo-se situada num contexto histórico-social e estando assumidamente ciente das suas implicações ético-políticas, visa reconstruir a normatividade, como um critério ou padrão de crítica social, todavia, imanente à realidade social; embora o sentido dessa normatividade, por um lado, não possa ser reduzido ao mero *existente*, ou seja, ao horizonte dado de uma tradição supostamente herdada, daí seu caráter principiológico; e, por outro, não possa ser meramente pressuposto, ele mesmo, como um dado, em face dos riscos, sempre presentes, de inércia ou de retrocessos nos processos de aprendizado histórico e de integração social, daí as necessárias ressalvas *genealógicas* (...) ou *desconstrutivas* (...). (Cattoni, 2017, p. 103, destaques do original).

W. Benjamin, G. Marramao, A. Honneth e J. Derrida congregam-se numa constelação complexa para forçar os limites de J. Habermas, ainda que sem o deslocar de seu lugar axial, e com isso confirmam que o tensionamento da Teoria Social habermasiana por meio do diálogo com outras concepções teórico-sociais é igualmente um pilar determinante para a Teoria Crítica da Constituição de M. Cattoni.

Mas quais seriam os desdobramentos dogmáticos de uma teoria assim elaborada? Colocando a questão em outros termos, o que essa Teoria Crítica da Constituição teria a dizer quando o que está em jogo é, direta e primariamente, a interpretação e a aplicação das normas de uma determinada Constituição – por exemplo, as normas da Constituição brasileira de 1988? Este é sempre um ponto extremamente delicado, seja no direito ou nas demais ciências humanas e sociais: alcançar um nível de abstração conceitual adequado a compreender seu objeto – no caso, o direito, e mais especificamente o direito constitucional – como uma categoria social, mas se deslocar, de maneira coerente, desse nível conceitual-abstrato até as implicações concretas que daí decorrem, sem se perder, contudo, na empiria cega dessa concretude.

O debate com o jurista F. Müller (1999) é crucial aqui, sobremaneira com os conceitos de “legalidade”, “legitimidade”, e “constitucionalidade”. Enquanto “legalidade” estaria referida às exíguas, conquanto indispensáveis, exigências de um Estado de Direito, a “legitimidade” somaria a essas exigências aquelas relativas às “condições formais e materiais do funcionamento democrático das próprias instituições” (Cattoni, 2017, p. 7). Por sua vez, “constitucionalidade” não seria uma categoria que se pudesse contentar com a mera conformidade à Constituição, mas requisitaria que a sociedade ela mesma possuísse um caráter “democraticamente constituído”. Como se percebe sem maiores dificuldades, o tríplice conjunto de exigências distintas ligadas a esses três conceitos seria cumulativo: “legalidade pressupõe constitucionalidade, legitimidade pressupõe tanto constitucionalidade quanto legalidade. Por conseguinte, um Estado Democrático de Direito, que possa ser chamado legítimo, só pode coexistir com um pensamento constitucional normativo (...)” (Müller, 2002, p. 181).

Em razão disso, a legitimidade pode ser definida por F. Müller como “conflito concreto do direito positivo” (Müller, 2002): o requisito de legitimidade não pode dar-se por cumprido senão diante da concretude do operar diuturno do direito, vindo a revestir esse operar

diuturno somente se, para além do respeito à legalidade estrita, faz-se presente também o respeito à Constituição – com tudo aquilo de demandas formais e materiais que ela carrega – e a abertura das decisões assim tomadas a uma discussão continuada sobre, justamente, sua legitimidade (Carvalho Netto, 2002).

A apropriação que M. Cattoni faz da proposta de F. Müller passa pela ênfase na distinção entre “legitimidade” e “legitimação”, posto que aquela não pode ser tomada como algo dado e esta ressalta precisamente o caráter dinâmico e não-decيدido *a priori* dos problemas em torno do que é ou não é legítimo:

Nesse sentido, o problema da legitimidade (...) exige que ele mesmo seja tratado de um modo muito mais complexo do que simplesmente tentar compreender essa dinâmica a partir de um direito que representa um ideal e que se efetiva na medida em que a sociedade se aproxima, *progressivamente*, desse ideal; ou, por outro lado, que esse direito se torne efetivo na medida em que se aproxime da sociedade, como se esse direito não tivesse sido construído no interior da própria sociedade, como que ele tivesse, literalmente, *caído do céu*, quando, na verdade, esse direito é uma construção social.

Esse direito, portanto, é legítimo ou legitimado em razão de quais mecanismos de mediação institucionais foram construídos e da mobilização social e política gerada em torno e por meio dessas instituições socialmente construídas. O direito não é direito natural, é positivo, é histórico, é construído historicamente.

(...)

Há, assim, uma tensão permanente entre legitimidade e legitimação, no caso do direito. (Cattoni, 2017, p. 75)

A legitimidade não se refere primariamente, pois, ao conteúdo dado nas normas, à substância normativa do direito, mas reside fundamentalmente na abertura desse direito à construção continuada de si por meio de mecanismos institucionais de mediação que asseguram a participação ampla da sociedade civil nessa construção: se o direito, e mais especificamente a Constituição, não expressa mais do que a tradução de idealidades imanentes à sociedade, nada mais coerente do que requerer que o desdobramento desse direito em suas reiteradas interpretações e aplicações esteja permanentemente aberto a essa sociedade.

Esse caminho de tratamento dos problemas que envolvem a pergunta pelo que é ou não legítimo oferece, ao mesmo tempo, a passagem para uma abordagem mais adequada dos problemas em torno da pergunta pela efetividade. Na medida em que o direito, e mais especificamente a Constituição, é a tradução de uma transcendência socialmente imanente; na medida em que, por isso, uma Constituição moderna é a expressão de um projeto constituinte que articula passado, presente e futuro; na medida em que esse projeto é o projeto de uma sociedade que espelha de si mesma e para si mesma aquilo que pretende vir a ser no transcurso do tempo histórico; na medida, finalmente, em que a legitimidade diz respeito à

abertura do direito, e da Constituição, em seus processos de interpretação e aplicação à participação ampla da sociedade civil, então um direito e uma Constituição que consigam assegurar legitimidade conseguem, em alguma medida elevada, assegurar também efetividade.

Por um lado, ninguém mais senão essa sociedade trazida para dentro dos processos de tomada de decisão que se referem ao direito e à Constituição pode julgar definitivamente a si quanto à efetivação ou não daquele projeto que ela mesma insculpiu. Por outro lado, e por tudo dito até aqui, num cenário de constitucionalismo democrático a própria continuada participação da sociedade no desdobrar-se desse projeto por ela insculpido já representa sempre, inelutavelmente, algo significativo de sua efetivação.

Muito longe de serem conceitos estanques, cujos referenciais objetivos situam-se em universos diferentes, legitimidade e efetividade permanecem, uma na outra, em um mesmo plano, numa tensão reciprocamente constitutiva e irreduzível (Cattoni, 2017, p. 108).

O fechamento dessa cadeia de raciocínio vem com uma alteração da definição de F. Müller sobre a legitimidade como conflito concreto: para M. Cattoni, não se trata só de um conflito *do* direito positivo; trata-se também de um conflito *no* direito positivo:

a legitimidade deve ser considerada não apenas como conflito *do* direito positivo, como Müller propõe, mas *no* direito positivo, ou seja, como “tensão constitutiva” *ao* direito positivo, que considera o caráter conflitivo da constitucionalidade no sentido de uma disputa ou controvérsia interpretativa com sentido normativo (...).

Uma normatividade constitucional cuja concretização é atravessada internamente por uma disputa interpretativa e, portanto, política, sobre a autocompreensão da sociedade (...). (Cattoni, 2017, p. 7)

Em cada uma dessas infinitas disputas interpretativas, o que se coloca em jogo é, sempre novamente, o sentido *de* e *da* Constituição – e essas disputas ocorrem ininterruptamente também quando o que se tem como objeto mais imediato não é o direito constitucional em sentido estrito, mas qualquer outro dos ramos do direito, uma vez que, na Modernidade, não há que se falar de direito algum internamente à ordem jurídica que não seja constitucional, que não seja direito constitucionalizado, isto é, lido em conformidade com a Constituição. Disputas pelo sentido *da* Constituição porque, em todas delas, o que se põe como indagação é o que *nossa Constituição* – no caso brasileiro, a Constituição de 1988 – afirma, permite, obriga. Disputas pelo sentido *de* Constituição porque, nessas indagações, encontra-se inarredavelmente o eco de indagações mais profundas, referentes ao constitucionalismo moderno como um todo: nunca é apenas uma questão sobre o que diz *nossa Constituição*, sempre é também uma questão sobre o que diz uma Constituição qualquer como Constituição, uma Constituição moderna, o constitucionalismo moderno, enfim.

As conseqüências desse conjunto de formulações – que, não obstante diretamente voltadas à dogmática jurídica, permanecem acentuadamente teóricas – podem ser esclarecidas pelos estudos de M. Cattoni sobre casos concretos do direito constitucional brasileiro. Sua posição acerca do controle de constitucionalidade – que lhe é, como dito acima,

um tema caro pelo menos desde a tese de doutorado – é um bom exemplo. M. Cattoni sempre se manifestou contrariamente à progressiva ênfase no controle concentrado de constitucionalidade no Brasil (Cattoni, 2004a; 2004b; 2004c; 2018). Pois, se os problemas de legitimidade e de efetividade da Constituição não podem ser enfrentados sem que se tenha uma ampla abertura dos processos decisórios à participação da sociedade, uma restrição desses processos ao Supremo Tribunal Federal parece demasiado equivocada. Mecanismos participativos como o *amicus curiae* atenuam o peso do equívoco, mas não o desfazem: é somente nos conflitos concretos típicos do controle difuso de constitucionalidade que seria possível desenvolver-se todo o potencial *socialmente constitutivo* da continuada disputa pelo sentido *da e de* Constituição.

Por outro lado, se a oposição aos excessos do controle concentrado de constitucionalidade pode ser lida como uma oposição ao excesso de atuação do Supremo Tribunal Federal, no recentemente caso do *impeachment* de Dilma Rousseff a oposição será ao excesso de inércia desse tribunal. Pois ele deve não apenas não pretender resumir em suas mãos a guarda da Constituição e a definição de seu sentido, devendo também, a um só tempo, assegurar a lisura dos processos políticos no interior dos quais, mais uma vez, a sociedade que se constitui em torno da Constituição de 1988 desdobra autonomamente o sentido do projeto constituinte que ela ergueu para si. Logo, se esses processos são desfigurados por maiorias parlamentares e se, diante disso, o Supremo Tribunal Federal deixa de exercer sua clássica função – que, por suposto, não é a única – contramajoritária, M. Cattoni não tem dúvida: é inconstitucional, é golpe¹².

Como compatibilizar posições que ora demandam menos, ora demandam mais atuação do Supremo Tribunal Federal? O fio que une essas posições é uma certa busca pelo justo-meio, justo-meio que, não dedutível *a priori*, é argumentativamente construído diante de cada novo caso concreto sob a orientação de uma compreensão de Constituição como a que foi exposta nos parágrafos acima.

Com a concatenação entre “constitucionalidade”, “legalidade”, “legitimidade” e “efetividade”, acrescida da leitura sobre conflitos concretos *do e no* direito positivo entendidos como disputas pelo sentido *da e de* Constituição, M. Cattoni pode encerrar sua tese. Em seus últimos dois parágrafos, lê-se como conclusão:

Estando a *legalidade*, a *legitimidade* e a *efetividade* implicadas no próprio conceito de *constitucionalidade*, defendemos, a partir de uma *teoria da sociedade em termos de teoria da comunicação*, que uma constituição é legítima e efetiva enquanto o próprio sentido de e da constituição for objeto de disputa política na esfera pública, e não em função de uma suposta correspondência, em maior ou menor medida, entre um dado conteúdo constitucional e a realidade dos processos político-sociais.

12 É este o título da disciplina ofertada por M. Cattoni no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG durante o segundo semestre de 2018: “O Impeachment da Presidenta Dilma Rousseff ou ‘Porque dizemos: É inconstitucional!, É golpe!’ – Legalidade, Legitimidade e a Constitucionalidade como tensão constitutiva, ‘conflito concreto’, no Direito positivo”. Informações disponíveis neste link: <<https://pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/planosensino/2018-2/DIR873A.pdf>>.

O direito é, assim, reconstruído como uma prática social, interpretativa, argumentativa, com caráter normativo e institucional, sobre o pano de fundo de visões paradigmáticas que competem entre si para a sua compreensão; e o Direito Constitucional como a expressão contrafática de compromissos entre as forças políticas e sociais, num determinado momento da história, cujo sentido normativo se abre ao *porvir* das lutas por reconhecimento no interior da esfera público-política. (Cattoni, 2017, p. 118).

Porém, antes de encerrar ele sintetiza quais seriam as tarefas que se colocam em face de sua Teoria Crítica da Constituição. Essas tarefas consistiriam em assumirem-se concomitantemente as seguintes perspectivas: uma mais voltada à legalidade constitucional, incumbida dos conceitos e institutos constitucionais, seus usos e sua história; uma mais voltada à legitimidade constitucional, nos termos de uma justificação do constitucionalismo democrático; uma devotada à efetividade constitucional, apta a apreender adequadamente as tensões entre os princípios normativos desse constitucionalismo e os processos político-sociais; e, finalmente, uma perspectiva político-constitucional, em que essa Teoria Crítica da Constituição deve colocar-se na esfera pública e participar ativamente do debate público como contributo para o aperfeiçoamento das instituições democráticas (Cattoni, 2017, p. 107-109).

De posse dessas perspectivas, a Teoria Crítica da Constituição pode, então, oferecer-se como *“chave interpretativa, compreensiva e crítico-reconstrutiva, do Direito Constitucional”* (Cattoni, 2017, p. 118). Mas, se o direito é *“prática social, interpretativa, argumentativa, com caráter normativo e institucional”*, se o direito constitucional é *“a expressão contrafática de compromissos entre as forças políticas e sociais, num determinado momento da história, cujo sentido normativo se abre ao porvir das lutas por reconhecimento no interior da esfera público-política”* (Cattoni, 2017, p. 118), oferecer-se como chave interpretativa do direito constitucional é, portanto, oferecer-se como chave interpretativa da sociedade: no limite, fiel a Frankfurt, uma Teoria Crítica da Constituição não é outra coisa que uma Teoria Crítica da sociedade. Indubitavelmente, é esse o seu sentido mais profundo.

Considerações finais: algumas questões *por vir*

Ao expor os passos preparatórios em direção a uma “Teoria Crítica da Constituição”, apresentei uma leitura segundo a qual quatro seriam os pilares erigidos ao longo de duas décadas e sobre os quais essa teoria estaria sustentada. Ao, na seção seguinte, procurar resgatar os elementos centrais de uma tal teoria, foi possível identificar a presença nítida de três desses pilares: a Teoria Social habermasiana; seu tensionamento pela aproximação com referenciais teóricos outros; uma dogmática sempre internamente permeada de reflexões teóricas. Mas não foi possível apontar com a mesma clareza os rastros daquele quarto pilar, isto é, o diálogo crítico com a Teoria Social brasileira, mais diretamente com a chamada tradição dos “retratos do Brasil” ou dos “intérpretes do Brasil”. A presença rarefeita desse quarto pilar no texto propriamente dito da tese de titularidade de M. Cattoni é a primeira consideração crítica que eu gostaria de apresentar perante ela.

Esse pilar vai ganhando uma força imensa nos anos que antecedem a elaboração e a defesa das “Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição”, sendo mais diretamente em torno dele que se cunham conceitos como “democracia *sem espera*” e “constitucionalismo *por vir*”. Tais conceitos não estão, por certo, de todo ausentes da tese de titularidade de M. Cattoni, mas seu peso é menor do que poderia ter sido se minha leitura quanto aos passos preparatórios para essa tese e aos pilares que a sustentam estiver correta.

A crítica a essa ausência relativa é tanto mais relevante quanto sua presença fortaleceria ainda mais o lugar de uma Teoria Crítica da Constituição no debate constitucional brasileiro. Pois permitiria a ela mais claramente opor-se à leitura amplamente hegemônica acerca de nossa história constitucional: uma leitura que não vê nessa história mais do que fracasso e motivos de remorso, seja nos termos de uma pré-história constitucional antes de 1988, como em L. R. Barroso e A. P. de Barcellos (2003), seja nos termos de uma oscilação entre Constituições instrumentalistas e constitucionalização simbólica, em M. Neves (2016) – sendo essas somente duas dentre muitas outras versões de uma mesma leitura de fundo compartilhada. Um referencial teórico que consiga revelar nessa história constitucional mais do que um fracasso que retorna sempre a si mesmo, que consiga revelar a tensão entre história constitucional e aprendizagem social resgatando fragmentos de racionalidade (Habermas, 2008, p. 363) dispersos na história da sociedade brasileira é um contributo de valor inestimável para a Teoria da Constituição e, mais importante, para a democracia no país.

De um ponto de vista intelectual, esse contributo pode ser visto nos desdobramentos dogmáticos de uma Teoria Crítica da Constituição, tratados acima por meio dos exemplos do controle de constitucionalidade e do *impeachment*. Neste momento da história brasileira, é imprescindível e urgente uma atuação do poder judiciário – e sobretudo do Supremo Tribunal Federal – que, por um lado, consiga afastar-se de pretensões exageradas de protagonismo, não se fazendo substituir à própria cidadania ativa em um papel que só pode caber a ela: esse tipo de protagonismo exacerbado, assumido tantas vezes nos últimos anos, é um dos fatores do momento de fragilidade democrática que estamos atravessando. Por outro lado, é igualmente imprescindível que o poder judiciário – e, novamente, sobretudo o STF – não se acovarde em seu dever constitucional de assegurar a proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais.

A exigência desse difícil justo-meio, que somente diante de casos concretos pode revelar o tipo de atuação judicial que exige, é o diferencial mais relevante que a Teoria Crítica da Constituição de M. Cattoni possui em face de projetos teórico-constitucionais diferentes, com envergadura semelhante: M. Neves possui uma obra densa, de valor sem dúvida inestimável, mas, apesar de seus textos mais recentes, continua a ser lembrado pelo peso da crítica sociológica presente na tese sobre a “constitucionalização simbólica” (Neves, 2016); ao mesmo tempo, autores como L. L. Streck e L. R. Barroso, tão diferentes entre si mas que comungam a capacidade de trazer para sua obra um maior acento dogmático, acabam muitas vezes pesando a balança em favor do protagonismo judicial – afinal, para ambos o pressuposto é a velha tese do fracasso constitucional entre nós, da fraqueza histórica do povo

brasileiro para lutar pela democracia, ainda que isso esteja articulado com maior sofisticação em L. L. Streck do que em L. R. Barroso¹³.

De um ponto de vista prático, por seu turno, o contributo específico da Teoria Crítica da Constituição de M. Cattoni revela-se, nesta altura de nossa história política e social, em sua capacidade de convidar a algo mais do que a semântica às vezes anestésica da resistência: com dificuldades as mais diversas, frente aos atropelos mais truculentos, vimos conseguindo realizar ao longo de quase dois séculos de constitucionalismo nacional fragmentos de um projeto de sociedade menos desigual e menos opressora. As fagulhas de esperança que essa história nos mostra fazem com que possamos legitimamente seguir acreditando que esse projeto ainda pode ser realizado entre nós, por mais sombrios que sejam os dias presentes. Em outras palavras, a *resistência* pode catalisar-se precisamente como *projeto*, como projeção do sonho de uma sociedade futura emancipada. Nesse gesto idílico, nada há de uma utopia em sentido negativo, de um sonho ingênuo sem lastro real possível: é de dentro das lutas e conquistas, fragmentárias que sejam, de nossa própria história constitucional que podemos reunir as forças para seguir em frente – se vencemos algumas vezes, podemos vencer de novo, e, ao seguirmos em frente, também aquelas e aqueles que foram derrotadas e derrotados em tantas outras lutas por uma sociedade melhor poderão finalmente encontrar sua redenção.

Portanto, tanto de uma perspectiva intelectual quanto de uma perspectiva prática, a ausência de uma discussão mais detida sobre a Teoria Social brasileira e sobre suas afinidades eletivas, suas relações subterrâneas, com a Teoria da Constituição brasileira é uma ausência digna de nota e de crítica.

Uma segunda consideração crítica que eu gostaria de colocar frente à tese de titularidade de M. Cattoni diz respeito à influência forte que nela possuem elaborações teóricas de J. Derrida e de A. Honneth. Em que pese a pluralidade de interpretações quanto ao que ela seria (Fleck, 2017; Nobre, 2008) – seu escopo, seu objeto, seus métodos –, parece-me possível afirmar que a Teoria Crítica como um todo procura afastar-se de duas posturas igualmente equivocadas: a apologia do existente e a impotência do dever-ser. Tenho sérias dúvidas sobre até que ponto, em seus dois últimos livros de maior relevo, A. Honneth não comete exatamente esses dois equívocos: a apologia do existente em “O direito da liberdade” (Honneth, 2015); a impotência do dever-ser em “A ideia de socialismo” (Honneth, 2017). Para além disso, a consideração da dimensão sistêmica das sociedades modernas nunca ocupou um lugar destacado em sua obra: pela primeira vez na história dos grandes nomes da Escola de Frankfurt, a crítica da economia política, a crítica profunda ao modo de produção capitalista, não é uma preocupação central. Apesar das diferenças radicais entre a reconstrução normativa honnethiana e a desconstrução derridiana, esta não me parece estar em condições melhores de suplementar um projeto crítico¹⁴. Não há dúvidas de que haja na obra de ambos

¹³ No caso de L. R. Barroso, sua conhecida concepção do STF como “vanguarda iluminista” e sua prática como magistrado escancaram o que em seus textos teóricos aparece mitigado (BARROSO, 2018). No caso de L. L. Streck, penso que essa compreensão de fundo da história constitucional brasileira seja o que subjaz à maneira como ele se posiciona com sua Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT) em face da versão revista da Teoria da Constituição Dirigente de J. J. Gomes Canotilho (STRECK, 2014, p. 141-149).

¹⁴ Um livro exemplar para o que me parecem ser limites a uma apropriação crítica da abordagem derridiana é “Spectres de Marx” (Derrida, 1993).

os autores “achados críticos” importantes, “momentos de verdade” para além da falsidade da imagem que o mundo dá de si mesmo. Mas não sei se esses achados e momentos – a meu ver, minoritários em suas obras – não poderiam ser supridos pela própria Teoria Social habermasiana.

Isso me leva, aliás, à terceira e última das minhas considerações críticas às “Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição”. Nela reside minha principal divergência em relação a essa tese, pois M. Cattoni (2017, p. 9; 109) situa expressamente seu projeto teórico no marco de uma “*teoria da sociedade em termos de teoria da comunicação*.” Todavia, J. Habermas sempre insistiu que uma sociedade moderna precisa ser abordada levando-se em consideração também sua dimensão sistêmica:

Toda teoria da sociedade que se reduza a teoria da comunicação está sujeita a limitações que é necessário ter bem presentes. A concepção da sociedade como mundo da vida, que é a que resulta mais óbvia desde a perspectiva conceitual da ação orientada ao entendimento, só tem um alcance limitado para a teoria da sociedade. Por isso, vou propor que entendamos as sociedades *simultaneamente* como sistema e como mundo da vida. (Habermas, 2010, p. 595, destaques do original, tradução livre).

O ponto de vista do participante é extremamente importante, mas ele precisa ser complementado pelo ponto de vista do observador. Apesar de abandonar desde muito cedo a teoria objetiva do valor-trabalho¹⁵, J. Habermas nunca abandonou a crítica ao modo de produção capitalista¹⁶. A crítica a essa dimensão sistêmica da economia de troca capitalista – no caso de J. Habermas, dimensão que abrange também a burocracia estatal – não desempenha um papel visível na Teoria Crítica da Constituição de M. Cattoni. E, se se trata de permanecer fiel a M. Horkheimer (1983), a crítica ao capitalismo não pode não ser um elemento central.

Como dito na introdução do presente texto, essas considerações críticas não esperam senão poder contribuir para a continuidade do desenvolvimento de uma abordagem da Teoria da Constituição como Teoria Crítica: de resto, as páginas anteriores deixam suficientemente claros a força e o valor que essa Teoria Crítica da Constituição já possui no estágio em que se encontra¹⁷.

Referências Bibliográficas

BARROSO, L. R. 2018. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 4a. reimp. Belo Horizonte, Fórum.

15 Conferir, por todos, Habermas, 2013.

16 “Jamais deixei de criticar o capitalismo, nem tampouco de ter consciência de que não bastam diagnósticos vagos. Não sou desses intelectuais que atiram a esmo.” (Habermas, 2018).

17 Pelos atuais projetos de pesquisa a que está vinculado e pelas disciplinas que vêm sendo por ele ofertadas mais recentemente – sobretudo no nível da pós-graduação – é possível mapear indícios de uma aproximação entre M. Cattoni e, por um lado, o conjunto de estudos que compõem a perspectiva decolonial, bem como, por outro lado, as teorias da performatividade e as discussões sobre interseccionalidade. Em suas próprias palavras, sua proposta de uma Teoria Crítica da Constituição passa a estar “atenta, inclusive, aos desafios dos chamados ‘estudos descoloniais’, do ‘novo-constitucionalismo latino-americano’ e da Filosofia da Libertação; assim como do feminismo de matriz interseccional e da teoria performativa e queer da política” (Cattoni, 2019). Essas informações podem ser consultadas na página eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG (<<https://pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/Matr%C3%ADcula/2019/OfertaDisciplinas20191-MatriculasRegulares.pdf>>) e na Plataforma Lattes (<<http://lattes.cnpq.br/4442732824534071>>).

- BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. 2003. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, 6(23): 25-65.
- BENJAMIN, W. 2007. *Passagens*. Orgs. Willi Bolle e Olgária Chain Féres Matos. Belo Horizonte, UFMG; São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo.
- _____. 2005. Teses sobre o conceito de história. In: M. Löwy, *Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história"*. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant, [trad. das teses] Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Müller. São Paulo, Boitempo.
- BONAVIDES, P; ANDRADE, P. 2008. *História constitucional do Brasil*. 9a. ed. Brasília, OAB.
- CATTONI, M. 2017. *Contribuições para uma Teoria Crítica da Constituição*. Belo Horizonte, Arraes.
- _____. 2011c. Democracia *sem espera* e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada 'transição política brasileira'. In: M. Cattoni (org.), *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte, Pergamum, p. 191-205.
- _____. 2000. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte, Mandamentos/FHC-FUMEC.
- _____. 2004b. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: M. Cattoni (org.), *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, p. 359-402.
- _____. 2002. *Direito Constitucional*. Col. Primeiras Linhas. Belo Horizonte, Mandamentos.
- _____. 2004c. Direito constitucional processual e direito processual constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade. In: M. Cattoni (org.), *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, p. 463-467.
- _____. 2011b. Notas programáticas para uma nova história do processo de constitucionalização brasileiro. In: M. Cattoni (org.), *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte, Pergamum, p. 19-59.
- _____. 2009. Pensando Habermas *para além* de Habermas: a relação interna entre Estado de Direito e democracia na obra recente de Habermas – uma revisão? *Revista do IHJ*, n. 7, p. 249-272.
- _____. 2015. *Projeto de Pesquisa de Bolsista de Produtividade junto ao CNPq*. Disponível em: <https://www.academia.edu/21327760/Projeto_de_Pesquisa_CNPq_Contribui%C3%A7%C3%B5es_para_uma_Nova_Hist%C3%B3ria_e_Teoria_do_Processo_de_Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_Brasileiro_no_Marco_da_Teoria_Cr%C3%ADtica_da_Constitui%C3%A7%C3%A3o_2015_>. Acesso em 15 de dezembro de 2015.
- _____. 2018. Quais os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito? Devido processo legislativo e Estado Democrático de Direito – uma justificação democrática do controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo – 19 anos depois. In: M. Cattoni; A. Bahia; D. Nunes; D. Bacha e Silva, *Controle jurisdicional do devido processo legislativo – História e teoria constitucional brasileira*. Belo Horizonte, Conhecimento, p. 1-30.
- _____. 2012. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte, Initia Via.
- _____. 1998. *Tutela jurisdicional e Estado Democrático de Direito: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção*. Belo Horizonte, Del Rey.
- _____. (org.). 2011a. *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte, Pergamum.
- _____. (org.). 2004a. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos.

- CATTONI, M.; BAHIA, A.; BACHA E SILVA, D. 2016. *O impeachment e o Supremo Tribunal Federal. História e teoria constitucional brasileira*. Florianópolis, Empório do Direito.
- CATTONI, M.; BAHIA, A.; NUNES, D.; BACHA E SILVA, D. 2018. *Controle jurisdicional do devido processo legislativo – História e teoria constitucional brasileira*. Belo Horizonte, Conhecimento.
- COMPARATO, F. K. 2007. Prefácio. In: R. Faoro, *A República inacabada*. Organização de Fábio Konder Comparato. São Paulo, Globo, p. 7-24.
- DAMATTA, R. 1986. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro, Rocco.
- DERRIDA, J. 1998. *Force de loi: le "Fondement mystique de l'autorité"*. Paris, Galilée.
- _____. 2003. *Marges de la philosophie*. Paris, Les Éditions de Minuit.
- _____. 2008. *Séminaire: la bête et le souverain*. Éd. M. Lisse, M.-L. Mallet et G. Michaud. Paris, Galilée.
- _____. 1993. *Spectres de Marx: l'État de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale*. Paris, Galilée.
- FAORO, R. 2004. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 16a. ed. São Paulo, Globo.
- FLECK, A. 2017. Afinal de contas, o que é Teoria Crítica? *Princípios. Revista de Filosofia*, 24(44):97-127.
- HABERMAS, J. 2008. *Between naturalism and religion*. Trad. Ciaran Cronin. Malden, Polity.
- _____. 2013. Entre filosofia e ciência: marxismo como crítica. In: J. HABERMAS, *Teoria e práxis: estudos de filosofia social*. Trad. Rúrion Melo. São Paulo, Unesp, p. 351-442.
- _____. 2018. *Entrevista a "El País"*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html. Acesso em: 04 de maio de 2018.
- _____. 2005. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 4a. ed. Madrid, Trotta.
- _____. 2016. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Trad. Rúrion Melo. São Paulo, Unesp.
- HABERMAS, J. 2010. *Teoría de la acción comunicativa*. 2t. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta.
- HOLANDA, S. B. 1995. *Raízes do Brasil*. 26a. ed. São Paulo, Companhia das Letras.
- HONNETH, A. 2017. *A ideia de socialismo: tentativa de atualização*. Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa, Edições 70.
- HONNETH, A. 2003. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo, 34.
- HONNETH, A. 2015. *O direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo, Martins Fontes.
- _____. 2007. *Sofrimento de indeterminação: uma reatualização da Filosofia do Direito de Hegel*. Trad. Rúrion Melo. São Paulo, Esfera Pública.
- HORKHEIMER, M. 1983. Teoria tradicional e teoria crítica. In: V. Civita (ed.). *Benjamin, Habermas, Horkheimer, Adorno: textos escolhidos*. Coleção "Os pensadores", v. 6. São Paulo, Abril, p. 125-162.
- JELLINEK, G. 2000. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de los Ríos. México, Fondo de Cultura Económica.
- KOSELLECK, R. 2006. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira; rev. trad. César Benjamin. Rio de Janeiro, Contraponto/PUC-RJ.
- LOEWENSTEIN, K. 1952. *Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire. Esquisse d'une ontologie des Constitutions*. *Revue Française de Science Politique*, II(1):5-23.

- _____. 1976. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel.
- MARRAMAQ, G. 2018. *Universais em Conflito: Identidade e diferença na era global*. Trad. e org. dos textos Marcelo Cattoni. Belo Horizonte, Conhecimento.
- _____. 2009. Walter Benjamin e nós. Trad. Marcelo Cattoni. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, 2:218-232.
- MÜLLER, F. 1999. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. *Cadernos da Escola do Legislativo*, 5(9):13-37.
- NEVES, M. 2016. *A constitucionalização simbólica*. 3a. ed., 3a. tir. São Paulo, WMF Martins Fontes.
- NOBRE, M. 2008. *A teoria crítica*. 2a. ed. Rio de Janeiro, Jorge Zahar.
- NOBRE, M; REPA, L. (orgs.). 2012. *Habermas e a reconstrução*. Campinas, Papirus.
- PRADO JÚNIOR, C. 1987. *Evolução política do Brasil: colônia e império*. 16a. ed. São Paulo, Brasiliense.
- RICOEUR, P. 2007. *A memória, a história, o esquecimento*. Trad. Alain François *et al.* Campinas, Editora UNICAMP.
- STRECK, L. L. 2014. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4a. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.
- VIANNA, O. 1927. *O idealismo da constituição*. Rio de Janeiro, Terra de Sol.

Submetido: 07/02/2019

Aceito: 28/02/2020