

CONSTITUIÇÃO MATERIAL E JUSTIÇA POLÍTICA^{1 2}***MATERIAL CONSTITUTION AND POLITICAL JUSTICE*****Alejandro Medici³**

Resumo: O presente artigo objetiva explorar ao máximo a filosofia latino-americana da libertação e o chamado giro descolonizador ou “descolonial” para fundamentar a teoria constitucional, a partir das práticas do “novo constitucionalismo latino-americano”, em especial novos textos e sistemas constitucionais da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que propõem uma série de inovações institucionais e sociais. O texto tem perfil multidisciplinar, transitando entre as áreas do Direito e da Filosofia, e tem como base autores clássicos do pensamento latino-americano.

Palavras-chave: Constituição; justiça; política; América Latina.

Abstract: This paper aims to explore ao máximo Latin American Philosophy of Liberation and the so-called decolonizer ou decolonial turn to found the constitutional theory, from the practices of the New Latin American Constitutionalism, specially new constitutional texts and systems from Venezuela (1999), Ecuador (2008) and Bolivia (2009), which propose a series of institutional and social inovations. The text has a multi disciplinary profile, passing through the areas of Law and Philosophy, and has as basis classic authors from the Latin American thought.

Keywords: Constitution; justice; politics; Latin America;

¹ Artigo recebido em 12 de dezembro de 2017 e aceito em 20 de janeiro de 2018.

² Tradução do espanhol para o português por **Ilana Aló Cardoso Ribeiro** (Mestra em Direito Constitucional pelo PPGDC-UFF, doutoranda em Direito pelo PPGD-UFRJ e professora da UNESA) e revisão por **Julia García Tavora Menegaz** (graduanda em Direito na FND-UFRJ). Revisão final por **Enzo Bello**: Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Estágio de Pós-Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Estágio de Pós-Doutorado em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Adjunto IV da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos (NEPHU) - UFF. Editor-chefe da Revista *Culturas Jurídicas* (www.culturasjuridicas.uff.br). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal em Nível Superior (CAPES). ORCID ID: 0000-0003-3923-195X.

³ Professor Adjunto da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais e do Mestrado em Ciência Política da Universidade Nacional de La Plata (Argentina); Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luis de Potosí (México); Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha, autor de artigos e livros no campo da teoria constitucional crítica, notadamente os seguintes: *Outros Nomos: teoria do novo constitucionalismo latino-americano*, Universidade Autónoma de San Luis de Potosí, 2016. *A constituição horizontal: teoria constitucional e turno decolonial*. La Plata: Editorial da Universidade Nacional de La Plata (EDULP), 2011. *La Plata: Editorial da Universidade Nacional de La Plata* (EDULP), no âmbito da política dos direitos humanos. ORCID ID: 0000-0002-9409-8744

Introdução

Neste texto vamos explorar ao máximo a filosofia latino-americana da libertação e o chamado giro descolonizador ou “descolonial” para fundamentar a teoria constitucional. Isso se torna necessário tendo em vista o que propõe a experiência do que tem sido chamado de “novo constitucionalismo transformador” na região, a partir dos novos textos e sistemas constitucionais da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que propõem inovações como uma vontade descolonizadora e de refundação do Estado; a participação popular como protagonista, articulando formas de democracia direta, indireta e inclusive reconhecendo sua dimensão comunitária; o pluralismo cultural e jurídico, sua institucionalização a procura da construção de uma sociedade intercultural; a adoção da forma de Estado Plurinacional; a incorporação de uma série de princípios valorativos próprios das cosmovisões dos povos originários junto aos tradicionais provenientes do constitucionalismo moderno; novos direitos que dão nova profundidade às pretensões sociais e ambientais do constitucionalismo; a priorização da integração latino-americana dentro da programação constitucional com critérios políticos de identidade regional, solidariedade, complementação e reciprocidade, muito além das meras conveniências econômicas e comerciais.

Segundo nosso entendimento, estas inovações que destacamos brevemente demandam e justificam um esforço de fundamentação teórica que excede a agenda e as bases da teoria constitucional predominante em nossa região. Acreditamos, e não é uma questão de dogmatismo ou determinismo social ou geográfico, que na verdade o constitucionalismo sempre se viu diferente se comparamos a nossa América aos Estados Unidos ou à Alemanha, para mencionar apenas dois exemplos. Esta certeza é ainda mais justificada com estas novidades do novo constitucionalismo transformador que não se reduzem simplesmente a enunciar alguns casos peculiares para enquadrá-los nos mesmos *standards* teóricos e comparativos da teoria constitucional hegemônica. Buscamos, então, recorrer a um pensamento conscientemente assumido a partir do ponto de vista da leitura da realidade e das opções axiológica e gnoseológicas. Isto exige a explicitação do lugar hermenêutico do sujeito pesquisador em resposta a uma interpelação anterior da realidade, bem como da relação entre o social e o lugar hermenêutico.

Partimos, então, de uma história do constitucionalismo, que tem mostrado, em geral, ser um constitucionalismo muito mais de poderes que de direitos, com fortes contrastes entre sobre e sub cidadanias que superam os *standards* da igualdade constitucional. Como temos argumentado há muito tempo, este problema envolve não apenas a falta de desenvolvimento

ou cultura cívica das nossas sociedades na implementação de modelos inspirados ou calcados nos arquétipos do constitucionalismo europeu ou estadunidense, senão se radica justamente na falta de modelos constitucionais que se adequem à nossa realidade histórica, caracterizada por uma matriz de colonialismo, persistente, mas ao mesmo tempo mutante, do poder, do saber, do ser e do fazer como marco dos nossos Estados-regionais, localizados no Sul (não como uma localização geográfica apenas, mas um lugar epistêmico, geopolítico e social de enunciação).

Por esta razão, pensamos que certas características deste novo constitucionalismo como seu pluralismo social, cultural, jurídico institucionalizado sob a forma de Estado Plurinacional, sua vontade assumidamente descolonizadora, e o que pensamos que é uma racionalidade reprodutiva presente em seus princípios e sistemas de direitos, a mudança para um Estado de Direito e de justiça, se entende melhor fundamentando a teoria constitucional a partir da filosofia da libertação regional e do giro descolonizador.

A teoria constitucional situa-se num lugar de interseção entre mediações organizacionais da convivência sob a forma de normas constitucionais e seus fundamentos políticos e morais. Os processos de protagonismo da democracia e de transformação do Estado com uma vontade descolonizadora são o contexto reflexivo deste texto, essa teoria constitucional vem para modificar com essas determinações os sistemas constitucionais. Isso ocorre porque o nível de Direito Constitucional supõe um ajuste estrutural entre o campo político, jurídico, ecológico, econômico, cultural etc. É ponto de alta condensação simbólica, institucional e normativa onde podemos entender qual é e como muda a auto-imagem que uma sociedade tem de si mesma.

Na nossa região a teoria constitucional se relaciona com a experiência social em matéria constitucional a partir dessas experiências do novo constitucionalismo transformador. Acreditamos que tanto seus marcos de fundamentação como sua agenda de temas devem ser renovados. Por todas estas razões tentamos neste texto utilizar os argumentos de algumas das vertentes da filosofia da libertação latino-americana e do giro descolonizador, que parecem mais pertinentes para começar a fundamentar uma teoria constitucional situada nas realidades e exigências da nossa região.

Neste texto, esboçamos, então, essa fundamentação geral da teoria constitucional na filosofia da libertação (especialmente em sua versão analítica) e no giro descolonizador, e desenvolvemos a importância do elemento diferencial de uma fundamentação deste tipo: o princípio material de produção, reprodução e acréscimo da vida de forma consensual e factível como condição e conteúdo do raciocínio prático na Ética e no Direito, aplicamos o

referido critério diferencial de valoração dos sistemas constitucionais, usando para isso um conceito material que permita realizar juízos de racionalidade reprodutiva consensual e factível, é dizer, julgamentos sobre a justiça dos sistemas constitucionais, e servir como um critério de priorização a partir do critério da dignidade da vida dos seus princípios e regras dos direitos constitucionais.

1. O fundamento material: produção, reprodução e acréscimo da vida

A seguir, nos interessa destacar o conteúdo da fundamentação: princípio material de produção, reprodução e desenvolvimento da vida como um conteúdo diferencial da nossa proposta frente a teorias constitucionais procedimentais, como, por exemplo, a fundamentação do constitucionalismo a partir da Teoria Discursiva do Direito, ou a partir das teorias da Democracia Deliberativa.

Diremos que sem negar a importância do aspecto de legitimidade ou validade democrática do constitucionalismo, nossa proposta, sem renunciar a este aspecto, se destina à orientação do consenso, deliberações que aproximam a democracia em suas dimensões representativa, participativa, comunitária e intercultural a partir do *telos* da organização da convivência. Ou seja, o poder viver em conjunto colocando as mediações institucionais, normativas orientadas a esse fim.

Isso inclusive como condição de possibilidade de legitimidade democrática consensual de Direito Constitucional. No entendimento de que o Direito Constitucional e a Constituição constituem normatividade jurídica (deveria ser sempre núcleo de sentido democrático consensual, fundamento da validade do Direito), mas, por sua vez, orientada pelo critério da verdade prática material de produção, reprodução e desenvolvimento da vida.

No plano declarativo, todos os sistemas constitucionais reconhecem este objetivo no âmbito da sua normatividade (regras e princípios) e, geralmente, no que o constitucionalismo "demoliberal" denomina de a parte dogmática e os preâmbulos constitucionais em uma forma ou outra, explícita ou implicitamente, com formas plurais expressivas que resultam de diferentes *cronotopos* e culturas jurídicas específicas: por exemplo, a dignidade humana, bem-estar geral, convivência democrática, dentro de uma ordem social justa, universalidade, indivisibilidade, interdependência, progressividade dos direitos humanos, o bem comum, a liberdade política, justiça social, bem-estar individual e coletivo, solidariedade humana, e mais recentemente no novo constitucionalismo transformador *Sumak Kawsay* ou *Suma Qamaña* transformador: o *Buen Vivir* (viver bem, em harmonia).

No plano das práticas constitucionais os sistemas, em maior ou menor grau, sempre são defeituosos na organização de convivência consensual e factível, na medida em que grupos sociais não têm as condições fáticas ecológicas, econômicas, culturais, para desenvolverem suas vidas de forma digna. Daí a importância deste conteúdo no momento arquitetônico ou de dialética constitucional, especialmente em um momento crítico ou a analítica constitucional.

2. Reflexões sobre a racionalidade reprodutiva

Este critério material de produção, a reprodução da vida humana no seu circuito natural, é fundamental no sentido de ser o fundamento e a mostra do absurdo das pretensões da dogmática constitucional positivista ou analítica de abandonar este tipo de problematizações e trabalhar sobre a pureza e a precisão dos enunciados normativos do Direito Constitucional positivo, como se isso assegurasse a cientificidade do mesmo. Estas posturas na realidade respondem a uma ordem hierarquizada de valores, ainda que implícita ou não reconhecida, que prioriza a ordem, estabilidade, hierarquia, plenitude, coerência, a segurança como tal, dentro dos limites de um sistema jurídico que se presume fechado; sistemática e coerente em si e para si, frente à justiça; isso seria uma questão equivocada, que deveríamos expulsar para o campo da Filosofia Moral e Política.

Também mostra por contraste o absurdo de pretender, de maneira "realista", que o Direito Constitucional se limita a ser um mero epifenômeno das relações de poder realmente existentes ou que o Direito Constitucional carece de conteúdos de verdade prática, legitimidade, validade e viabilidade que permitem ir além de uma disciplina descritiva, comparativa, no caso do pós-modernismo cínico ou comemorativo.

Será importante em nossa estratégia de fundamentação, então, mostrar o desacerto das pretensões de separação radical entre juízos de fato, suscetíveis de verdade ou falsidade, e juízos prescritivos, suscetíveis de validade ou invalidação. A partir da argumentação prática cujo critério distintivo para marcar qualquer instrumental ou estratégica entre meios e fins no circuito natural da vida, sem o qual não há fins nem realidade, pode-se fundamentar da maneira que fizeram Hinkelammert, Dussel e Ellacuría, entre outros, uma ética de conteúdo material apta para criticar as pretensões de separação entre Direito e Moral, que estão na base das pretensões pós fundacionalistas do Direito e do Direito Constitucional em especial.

Os autores mencionados acima (Hinkelammert, Dussel, entre outros) estão contribuindo para a construção de um princípio material de fundamentação filosófica e ética,

que geralmente se apresenta como de produção, reprodução e desenvolvimento da vida, como critérios de uma verdade que é ao mesmo tempo uma condição de possibilidade fática de qualquer condição experimental prescritiva.

O fato de onde começam todas as fundamentações e a possibilidade mesma de filosofar, (como atividade não meramente especulativa ou exclusiva de filósofos acadêmicos ou profissionais, ou seja, como sustentava Antonio Gramsci, de que de certa forma todas e todos somos filósofos), é o critério de Vida vs. Morte, como demonstra Antonio Salamanca (2008, p. 24): "o principal fato de onde se inicia o filosofar do povo é a sua vida versus sua morte". Por outro lado, Franz Hinkelammert parte do destaque das peculiaridades dos juízos, cujo critério de verdade é vida e morte, pois são juízos constituintes da realidade externa. De acordo com o resultado da ação guiada por estes julgamentos, a realidade existe ou não. Realidade objetiva não é algo dado de forma independente da vida do ser humano. É a vida deste, ao conseguir se esquivar da morte, que mantém a realidade como realidade objetiva (HINKELAMMERT, 2002, p. 36). Este tipo de julgamento, então, podemos chamar de racionalidade reproduzida.

Com o que se deixa de lado a chamada "falácia naturalista", que, a partir da interpretação de David Hume feita por G. E. Moore, sustenta que não é possível derivar julgamentos de dever ser a partir de juízos de fato. Nesta premissa se basearam todo o positivismo lógico vienense e a filosofia analítica anglo-saxônica para construir sistemas lógicos fechados de análise da linguagem e seus diversos domínios, entre eles o normativo (objeto lógico deôntica) e mais concretamente da deontologia jurídica como setor especializado diferente também da linguagem natural. Neste tipo de reducionismo baseiam-se as teorias do Direito que, como as de Hans Kelsen e Alf Ross, pretendem substituir e reduzir a experiência jurídica à lógica jurídica. É importante notar que essa separação inócua e objetiva entre Direito e Moral ocorre ao mesmo tempo entre direito e contexto histórico.

O Positivismo Filosófico foi fruto da crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para a Teoria do Direito resultou, através do Positivismo Jurídico, na pretensão de se criar uma ciência jurídica com características análogas às das ciências naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na "realidade observável" e não "especulação filosófica", separou o Direito da Moral. Como resultado se considerou que o Direito é norma positiva, que provém de ato imperativo do Estado, apoiado pela força coercitiva. Ciência do Direito, nesta visão, como todas as outras, deve estar baseada em juízos de fato, buscando o conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam um posicionamento subjetivo, portanto, enganoso, frente à realidade.

Entretanto, a falácia naturalista vem sendo atacada como tal. Mauricio Beuchot recorda, entre muitos argumentos contrários, alguns dos mais contundentes: em primeiro lugar, o mesmo Hume seria réu de sua própria condenação, já que em inúmeros pontos de sua filosofia dá este passo, que tanto condena o ser como o dever ser. Mais ainda, a sua mesma negação deste trânsito implica uma contradição performativa daquilo que nega, pois do que faz (descrição da falácia naturalista) passa ao que não se deve fazer (não deve incorrer em tal falácia), ou seja, do descritivo para o prescritivo. No silogismo prático devem haver premissas valorativas ou até normativas, como veremos um pouco mais adiante sobre os juízos práticos a partir do critério vida/morte. Mais recentemente, Hilary Putnam chega a dizer que os mesmos enunciados de fato, para serem possíveis, requerem enunciados de valor nos quais se fundamentam. Inclusive para fazer enunciados de fato precisamos supor enunciados de valor (BEUCHOT, 2007, p. 118).

Dos estudos científicos que nos falam da complexidade e a fragilidade do fenômeno da vida em nosso planeta e do caráter ecodpendente do circuito natural da vida humana, nas relações entre nós mesmos, como convivência com a natureza, que permitem inferir juízos fáticos, baseiam-se também em juízos normativos.

Nesse sentido, Enrique Dussel mostra como existem certos juízos fáticos que implicitamente levam a uma premissa normativa. Então, no nível de explicitação desta premissa implícita pode-se fundamentar de maneira dialética premissas normativas. Ele sustenta que se trata em primeiro lugar de encontrar um tipo de enunciado que possa operar como premissa maior e que seja ao mesmo tempo descritivo e normativo. A este tipo de julgamentos, em conjunto com Hinkelammert, podemos chamá-los de "juízos de racionalidade reprodutiva" que fazem o que será um dos pilares fundadores dos saberes práticos: Direito, Moral, Economia, Ecologia e, claro, a Teoria Constitucional, embora em cada caso não de forma dialética, mas analógica. Trata-se do tipo de juízo que sustenta o princípio material de produção, reprodução e acréscimo da vida humana. Vejamos um exemplo deste tipo de juízo sob a forma de silogismo, retirado de Dussel (2001, p. 94):

1. O ser humano é um ser vivo.
2. Juan é um ser vivo, tem, portanto, cerebralmente consciência, autoconsciência e responsabilidade sobre sua vida.
3. Quando Juan tem fome tenta produzir e reproduzir sua vida comendo.
4. Para continuar a ser vivo responsável, Juan deve comer.

A vida é o modo da realidade humana no sentido que explica Ellacuría na mesma linha de Xavier Zubiri. A argumentação normativa se liga materialmente a este tipo de enunciados

descritivos que têm conteúdos normativos implícitos. Isto porque o ser humano é autorreflexivo, assim, responsável por sua própria vida:

A viabilidade da vida ameaçada pelo meio só consegue o homem fazendo com que essa vida não seja puramente. Isso se consegue assumindo positivamente a responsabilidade da realidade que nos circunda e fazendo com que essa realidade seja transformada pela vida humana (ELLACURÍA, 1991, p. 134).

A "responsabilidade" sobre a vida em si é a condição de possibilidade da normatividade como tal (que pode ser enunciada por julgamentos descritivos do conteúdo normativo). Esta normatividade pode ser implícita, como no exemplo acima. Mas pode-se explicitar, isto seria fundamentar dialeticamente prático materialmente, não por dedução lógica formal, julgamentos normativos de juízos de fato.

No exemplo, a passagem não teria ocorrido em 3 e 4 do silogismo, mas está implícito em 1. Já que ser humano implica auto consciência e responsabilidade, logo o dever de responsabilidade sobre a própria vida.

Isto está em sintonia com o que afirma Franz Hinkelammert, no sentido de que existe um tipo de juízos de fato na verdade material concreta e prática, que é a condição de possibilidade dos demais juízos tanto fáticos como normativos, que passa pelo critério de vida/morte. Trata-se de um julgamento que se situa no limite mesmo da linguagem, já que argumenta somente o ser vivo. Ou seja, a diferença entre a racionalidade estratégica ou instrumental, centrando-se na a relação meio/fim, a vida do ator não pode um meio ou um fim, já que sua morte assinala a impossibilidade de qualquer fim. Neste sentido, é possível construir um tipo específico de racionalidade, a racionalidade reprodutiva, que é condição da racionalidade instrumental. Portanto, do ponto de racionalidade reprodutiva o sujeito pode programar diversos fins possíveis, exceto aqueles que têm como resultado acabar com a vida. Nesse sentido, o sujeito está ligado pelo circuito natural de reprodução da vida humana que o coloca no marco dos fins possíveis aos que podem se dirigir ou procurar. Não se pode desconhecer a materialidade da história.

O critério de verdade deste tipo de julgamento é um critério de vida ou morte. O ser humano se caracteriza por:

- a) Ter a sua vida sob relativo controle autoconsciente que faz com que exista uma responsabilidade pela sua própria vida.
- b) Está constituído por uma intersubjetividade que o constitui subjetivamente, assim, a responsabilidade por sua vida é necessariamente convivência: responsabilidade por e cooperação social com o outro.

c) Participa desde a sua origem em um mundo cultural: símbolos, narrativas, instituições, valores, normas etc. (DUSSEL, 1998, p. 129-143).

Por isso o ser humano é sempre um convivente corporal necessitado que somente pode reproduzir a sua vida através do laço material, cultural e histórico que o vincula socialmente e em um limite o religa com a humanidade. Sua individualização se dá somente através da sua socialização, e sua subjetividade através da intersubjetividade, isto porque a socialização e a intersubjetividade colocam as bases para o desenvolvimento completo de sua personalidade, mesmo no que pode ter de original e única. Daí a diferença entre éticas materiais, a ética, que é o fundamento da filosofia da libertação deve articular a produção, a reprodução da vida com a alteridade em práxis socio histórica (ROSILLO MARTÍNEZ, 2013, p. 66).

A vida humana em comunidade é a realidade do ser humano e, por isso, o critério de verdade prática e teórica. A reprodução e o desenvolvimento da vida humana é o critério da verdade, da verdade prática (humana) e teórica (quando nos abrimos para a realidade a partir do horizonte que a vida circunscreve como suas mediações de reprodução - desenvolvimento).

A racionalidade reprodutiva busca, então, a necessária reconciliação das duas dimensões que são irrelevantes na totalidade histórico-social atual do mundo moderno/colonial do capitalismo histórico estão inseridas: racionalidade e vida. Estão inseridas porque a racionalidade tendenciosa para o estratégico e instrumental totalizou o circuito meio/fim com foco na eficácia e eficiência para alcançá-los sem levar em consideração sua condição de possibilidade: a produção e reprodução da vida. Isto porque a vida é predicativa: nela participamos e recebemos, a doação é este sentido de que não dispomos, nos é dado. Somente nela podemos formular qualquer julgamento (SCANNONE, 2009, p. 9).

3. O direito como mediação da convivência consensual

O Direito pertence à esfera da vida prática e relacional do ser humano: é uma mediação da convivência e, portanto, a realidade composta por condutas humanas em alteridade social. O mundo jurídico onde são produzidas nossas experiências do Direito, termos que designam o fenômeno jurídico que nos mostrem nossa vida prática de uma maneira real e perceptível. É uma realidade humana e social que articula ou compõe pelo menos quatro dimensões: a das condutas, a das valorações, a das normas e em todas elas sua

historicidade. Seu valor depende do seu caráter mediador na organização da convivência consensual. Sua forma cultural e histórica é contingente como produto cultural humano, histórico e diverso, mas sua presença é necessária como mediação. O Direito é, então, um campo prático, caracterizado por uma normatividade aberta à história, à ética e à política. Por esta razão, é um produto cultural que se refere a um processo de reação cultural.

Fazemos este entendimento a partir da subsunção analógica dos princípios da libertação de um paradigma jusmaterialista, que compreende o Direito como as normas que permitem a convivência consensual e factível hierarquizando os bens, sempre culturalmente mediados, que permitem satisfazer as necessidades que fazem a produção, reprodução e desenvolvimento da vida. Enquanto que como sistema normativo de linguagem codificado o Direito é compreendido a partir de um circuito não meramente hermenêutico, senão material/hermenêutico, já que apesar de toda a variabilidade deriva do cultural a possibilidade de expressar em regras e princípios jurídicos uma certa distribuição de potências e impotências de vida para o acesso aos bens satisfatórios de necessidades, finalmente existe uma realidade material dessa proliferação simbólica do Direito. Material no sentido de conteúdo (material) e não de materialismo vulgar.

Como mediação para um projeto prático, moral e histórico, o Direito não pode incidir e compreender-se por si só, mas em sua tensão relacional como tal mediação. Como explica Dussel em um de seus primeiros ensaios dedicados ao tema, cada projeto tem exigências para sua realização. As mediações ou possibilidades exigidas para a realização do projeto são aquelas devidas ou fundadas com base no mesmo projeto. Neste círculo prático moral se dá a dimensão intersubjetiva que vincula os direitos e deveres na mediação para a realização do projeto. Neste sentido, articulam-se no mesmo tempo o Direito como ordem objetiva e os direitos e deveres como seus aspectos subjetivos:

O Direito é a referência da mediação necessária para o cumprimento do projeto que diz respeito ao sujeito. É a referência subjetiva da mediação exigida, assim como o dever é a referência objetiva (em direção ao projeto) do sujeito em relação a mediação. O estatuto do projeto funda o estatuto do Direito... O projeto cultural de um sistema histórico pretende frequentemente ser do homem absolutamente (DUSSEL, 2012, p. 147).

Assim, a politização do Direito, já que se vincula com a distribuição de poder dentro da sociedade história que abriga o(s) projeto(s) para cujas realizações o Direito é mediação, necessária, mas historicamente contingente. Nem todo projeto tem poder sobre as mediações que o realizam, o poder é a posse efetiva das mediações que realizam o projeto, entre elas o Direito vigente. Abrem-se, então, duas dialéticas, uma entre o Direito Positivo ou legalidade

e o poder ou capacidade efetiva de realização do projeto. O Direito “real”, “vivo” é o que existe como capacidade efetiva de realizar para um sujeito ou sujeitos a mediação do projeto, além da legalidade formal. E a segunda, que tratamos do ponto de vista crítico, é entre o Direito dos grupos dominantes e o Direito dos grupos dominados. A Teoria Constitucional e o nível constitucional do Direito são importantes porque é de onde mais explicitamente se formulam discussões e disputas sobre o projeto e o círculo prático moral, inclusive a politicidade do Direito, vinculada à distribuição de poder entre os grupos sociais. Por isso, mais uma vez, é fundamental recuperar o método político crítico na Teoria Constitucional e na reflexão sobre as práticas constitucionais.

Sintetizando, interessa-nos vincular a partir da nossa região a Teoria Constitucional com a Filosofia da Libertação por um duplo motivo, por uma parte superar a ideia da separação entre o Direito, a Moral e a Política desde uma perspectiva relacional. Em segundo lugar, mostrar que uma fundamentação do Direito na Ética é possível, sem recair no jusnaturalismo estático ou histórico e, ao mesmo tempo, dialogando com as teorias que reconectam Direito e Moral, especialmente no nível constitucional, como o paradigma discursivo do Direito, o Neoconstitucionalismo e o Garantismo Jurídico. Terceiro e por último, não menos importante, fazê-lo desde uma perspectiva descolonizadora e, portanto, radicalmente pluralista.

As instituições e as normatividades são, então, mediações necessárias para poder (con)viver. Supõem um fundamento material da legitimidade e da legalidade, embora ao mesmo tempo que não negam o elemento formal, de consenso procedimental que lhes dão um conteúdo mais radical, no sentido etimológico do termo. As instituições são mediações necessárias geradas pela potencialidade da pluralidade de vontades de (con)viver, sempre articuladas em alguma forma de consenso discursivo, simbólico, através do imaginário social, que recebe suas mediações organizacionais na forma de tais instituições, normas etc.

A diferença da posição formalista que fundamenta o institucional na legalidade, e da postura voluntarista ontológica, a maneira de Carl Schmitt, que o fundamenta na vontade e decisão sem mais conteúdo que o poder, Enrique Dussel em sua “Política de Liberación” enuncia uma fórmula diversa da legalidade legítima, como vontade + racionalidade, materialidade + formalidade: “Sem legitimidade o poder não tem forma; sem vontade da vida o poder não tem conteúdo, sem institucionalização o poder se dissolve na impossibilidade de seu exercício” (DUSSEL, 2009, p. 285).

Mas esse momento inicial instituinte, da diferenciação entre o potencial e o poder que está dando suas mediações organizacionais, deixa de ser um ideal regulativo e se transforma

em uma institucionalidade concreta, histórica, falível como todo sistema, toda norma, toda concretização organizacional humana. A representação do potencial pelo poder inevitavelmente gera distância, erros, opacidade, distorções, dominações. É o começo de todas as possibilidades libertadoras, mas também de todos os perigos da política, do risco de fetichização do poder, da autoridade, como se fossem autorreferentes e autogerados, e não mediação organizacional autorizada por consenso da comunidade.

Os sistemas democráticos concretos tentam preservar legitimidade, aproximando-se, de maneira sempre parcial, imperfeita, diversa, da identidade de representantes/representados. Sua forma, a maneira com que assumem esse conteúdo fundamental, sua maior ou menor capacidade de implantação da racionalidade reprodutiva, como a de todas as mediações institucionais, são contingentes, históricas, sempre perceptíveis, intercambiáveis, traduzíveis desde a memória histórica que se sedimenta em experiência e em prudência. Fundamentalmente são radicalmente diversas e plurais.

4. Que complexidade?

Um dos efeitos da matriz de colonialidade no campo do conhecimento é que - sob o pretexto de adotar um modelo de conhecimento científico que se presume universal, racional, objetivo e que é traçado em princípio à nova física newtoniana - planeja-se uma relação com a natureza que a transforma em um objeto manipulável, mensurável e decomponível em uma multiplicidade de aspectos e de uma diversidade de interesses e valores do conhecimento.

Esse paradigma da hiper especialização e fragmentação objetiva é transferido depois às ciências sociais nascidas durante os séculos XIX e XX, com a consequência que se perde o sentido da totalidade. A Sociologia, a Antropologia, a Filosofia, a Ética, a Economia e o Direito se fragmentam em disciplinas especializadas gerando um efeito dissimulado da totalidade e a perda de saberes práticos. Essas tendências são acentuadas depois da Segunda Guerra Mundial, predominantemente as Ciências Sociais da academia estadunidense através do empirismo e condutismo.

A última versão da ideia sustenta que, quando mais evoluída e completa é a sociedade, a diferenciação funcional faz com que os sistemas sociais diferenciados sejam “autopoiéticos”, ou seja, autogerados e automantidos. E, claro, as sociedades que testemunham este processo de diferenciação são as da Modernidade Tardia.

Pensar na lógica da totalidade, e fazê-lo criticamente, seria como um sintoma do subdesenvolvimento cultural próprio de intelectuais pertencentes a sociedades menos

complexas e diferenciadas. Esse tipo de argumentação é um dos últimos *dictums* da matriz de colonialidade epistêmica que, paradoxalmente, ao mesmo tempo que hiper especializa e fragmenta os saberes “competentes”, alega a possibilidade de reflexão crítica sobre a complexidade da totalidade autorreferente.

Incluindo um pensador da última geração da Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, como é Jürgen Habermas, sustenta-se que frente à diferenciação dos sistemas de ação social estratégica que funcionam através de meios de comunicação deslinguistizados, como são o dinheiro e o poder, isto é, os sistemas econômico e político-administrativo, o único poder compensador que ante sua hipertrofia colonizadora pode ser a razão discursiva, que somente encontra de desenvolvimento pleno na cultura liberal da sociedade do capitalismo tardio (HABERMAS, 1998, p. 102-103). Desse modo, questionar a totalidade autorreferente já não é uma tarefa possível e sua moderação (digamos, sua transformação) só pode vir do próprio centro da Modernidade como razão comunicativa que realce “as promessas não cumpridas” da própria Modernidade.

As sociedades são, sem dúvida, complexas e as formas de complexidades também são diversas. Para colocar-se em meio à complexidade, nada melhor que habitar, em um sentido forte, as situações e o contexto da Nossa América. A partir da exigência desse contexto e dessas situações, sem negar, mas assumindo a complexidade, é evidente a urgência de se recuperar a relação dos saberes práticos, como a Ética, a Moral, a Política e o Direito. Em que pesem as tendências fragmentadoras do *Ethos*, o campo jurídico e nele, cumprindo, entre outros, seu papel no núcleo de sentido, o Direito Constitucional permite recuperar um efeito coerência dos diversos campos práticos para que não sejam esferas totalmente autônomas, senão concorrentes, a difícil conquista dessa frágil condição que é a suposição antropológica de toda comunidade social: a organização da convivência consensual e viável.

Todo o campo jurídico, mas especialmente seu nível de discursos e práticas constitucionais, onde o Direito constitui uma regulação normativa dos âmbitos de convivência consensual e factível relevantes, contém descrições, prescrições, programações de política, fins de conteúdo político, econômico, ecológico, cultural etc. Esses aspectos não estão somente relacionados como campos práticos externos ao mundo jurídico, mas também estão de certa forma incluídos no mundo e na experiência jurídica. Desse feito se dá conta as análises no plano da teoria e na experiência constitucional acerca da “constituição econômica”, a “constituição ecológica” etc., que mostram a abertura analógica do campo jurídico, começando pela programação e prescrição constitucional aos demais campos que fazem o análogo principal de todos eles: a convivência consensual e factível.

A própria etimologia do termo Constituição vem do Latim *cum instituere* (“instituir com”), instituto como um todo, denota uma atividade que tem um limiar de comunalidade ou caráter compartilhado e consiste em dar as mediações institucionais para a convivência. Instituir é, então, o oposto de destruir ou destituir, supõe um componente afirmativo que se reflete na organização como mediação para a convivência. Implicitamente, supõe-se a possibilidade de conviver, pelo menos dos integrantes do "grupo juramentado", um limiar mínimo de consensualidade e a colocação de mediações para sua viabilização, já que o ato de constituir visa a estabilizar e numa certa duração no tempo como condições de vigência e eficácia no meio social.

Portanto, o campo semântico do verbo "constituir" e o substantivo "constituição", sempre se refere àquele ponto de Direito em que se articulam os componentes políticos e éticos, o *Ethos*, que expressam uma vontade de convivência com uma consensualidade e viabilidade básicas. Posicionando-nos em um plano arquitetônico, isso sempre supõe historicamente um motor constituinte que consiste em uma situação factual de poder/ser, e isso independentemente da forma que a continuação toma esta constituição: desde os fatores reais de poder instituidor, o jurídico-formal etc., em síntese, de sua fórmula política que indica o grau de consensualidade e que se move entre os extremos da Constituição oligárquica e a Constituição democrática.

Assim, não existe Constituição no sentido moderno, racional normativo do termo, que não incorpora implícita ou explicitamente os princípios legais e regras jurídicas que têm a ver com a convivência consensual e viável da comunidade. Mas também articular uma forma simbólica de títulos e ele pode ser reconstituir-se a *posteriori* com a metodologia dos tipos construídos como tipos imagens constitucionais de governo, que não articulem narrativas sobre a origem, da fundação (o *tremendum fasciosum*) ou definidas por contraste com essas situações traumáticas na memória histórica de uma comunidade (o *tremendum horrendum*) (ETXEBERRIA MAULEON, 1994, p. 245-274). Articulando a partir daí um a *priori* antropológico, um nós, um legado (ROIG, 2009, p. 9) e para isso a implantação de uma certa economia entre simbólicos de simetria explícitas e simbólicas de assimetria implícitas, que marca a continuidade histórica dos processos de identificação de uma comunidade política na sua coexistência consensual e viável, bem como o campo de abertura admissível no programa constitucional.

5. Constituição Oligárquica vs Constituição Democrática

Deve-se esclarecer que, naturalmente, sem minimizar o momento processual formal da geração de um consenso ou legitimidade no grupo que institui, quando falamos de coexistência, ainda estamos fazendo isso em um nível material. Costuma-se entender que convivem e coexistem entre indivíduos e grupos algo como a tolerância, como uma atitude de abertura e pluralismo "politicamente correto", por exemplo, a coexistência entre diversos grupos culturais. Mas aqui o estamos fazendo a partir da necessidade de poder reproduzir e desenvolver a vida do grupo social, começando pelo grupo que institui. Nosso conceito, então, assume um sentido mais radical de (con)viver: reunir as mediações, que permitem a vida dos membros do grupo social.

É nesse sentido preciso que, por exemplo, Arturo Sampay, um velho constitucionalista social "antiquado" na Argentina para a Teoria Constitucional dominante, distingue possíveis constituições, de quem e para o que a instituir juntos por um grupo social, entre os extremos da Constituição Oligárquica e da Constituição Democrática. Sampay parte da definição aristotélica da Constituição (*Politeia*): A Constituição é a gestão dos poderes governamentais de uma comunidade política soberana, como são funções distribuídas tais poderes, o que é a classe social dominante na comunidade e que é o objetivo atribuído à comunidade pela classe social dominante. Como a classe social que o governo exerce forma o regime político, verifica-se que a Constituição e a classe social dominante significam a mesma coisa. Em princípio, em seguida, Sampay parece estar localizado em uma concepção realista da Constituição, semelhante à colocada por Lassalle em seu famoso texto "O que é uma constituição?": Estes são os fatores reais de energia existentes em uma sociedade e a Constituição legal escrita formal será eficaz se for funcional para aquela "constituição real", ou então será uma "folha de papel".

Mas nos interessa mostrar que Sampay não se limita a um mero julgamento descritivo da realidade. Se a classe dominante fixa o fim da comunidade, é necessário examinar qual é o verdadeiro propósito, porque a partir daí é possível valorizar a Constituição real estabelecida e, portanto, a Constituição jurídica vigente. E para esse fim verdadeiro ou "natural", critério de julgamento avaliativo sobre as relações de poder existentes que são o fundamento da Constituição jurídica, resume-o da seguinte maneira:

O fim natural da comunidade, e da Constituição que a estrutura, é conseguir que todos e cada um dos membros da comunidade, através das mudanças de coisas e serviços, obtenham quanto necessitam para estar em condições de desenvolver-se integralmente de acordo com a sua dignidade humana", isto é, "justiça". E isso porque a igualdade e também a "disposição mais profunda do ser humano o inclina a agir com vistas a que todos e cada um dos

membros da comunidade desfrutem da autarquia de bens, porque o homem sabe que é amigo do homem, a não ser que a necessidade ou vício o ceguem esse conhecimento moral inato e transfigure-o em um lobo” (SAMPAY, 1974, p. 73).

Ele acrescenta que a mais alta expressão da justiça na contemporaneidade, "só é possível em uma convivência humana socializada ao extremo como a nossa e cujo trabalho é de imensa atuação", e então define o critério de justiça:

cada um deve dar à comunidade o que sua capacidade de produção lhe permite e deve receber de acordo com a quantidade e qualidade do que contribui para a sociedade e de acordo com suas necessidades quando a comunidade pode concordar com a força produtiva global da mesma, evidentemente, assim, a justiça passa a ter a natureza da amizade, uma virtude interpessoal que consiste em fazer sujeitar o bem pela pura benevolência (SAMPAY, 1974, p. 64).

Aqui Sampay emprega um princípio de justiça que parece navegar entre os dois mencionados por Marx, correspondendo à fase socialista e à fase comunista, respectivamente, na "Crítica do Programa de Gotha" (Marx, em Marx e Engels 424-425), um dos poucos documentos em que o filósofo crítico de Trier explora explicitamente esse tipo de formulações normativas, que hoje poderíamos chamar de "morais" na medida em que fornecem julgamentos ou critérios de justiça. O que não transforma Arturo Sampay em marxista, mas mostra o profundo conhecimento de Marx da filosofia aristotélica. Para realizar tal princípio de justiça, segue o constitucionalista *sui generis* que estamos explicando:

(...) devemos ordenar os meios de produção disponíveis para a sociedade; e para que tal ordem seja feita, os cidadãos devem participar passiva e ativamente no governo da comunidade, porque, nas atuais circunstâncias, aqueles que carecem de justiça são os melhores e melhores agentes para estabelecê-la e fortalecê-la (SAMPAY, 1974, p. 76).

E um pouco mais adiante, no mesmo texto, afirma-se como fator de avanço da justiça: "a consciência social-legal, que consiste na exigência das pessoas com respeito às condições de vida que na ocasião histórica são possíveis, e que conseqüentemente eles são devidos". Há, então, uma luta histórica inexorável pela realização da justiça que está abrindo caminho na medida em que tal "consciência legal social" é afirmada a partir da "falta de justiça" quando eles descobrem "a composição imperfeita da sociedade e as condições desiguais" da vida que os afligem. Quando a classe dominante e, conseqüentemente, constituinte da comunidade política, organiza a gestão da atividade social, a gestão dos bens de produção e a distribuição

de bens de consumo materiais e culturais, com vistas ao benefício exclusivo de seus componentes, enfrentamos a "Constituição oligárquica":

Se a constituição é imposta pela classe dos ricos, classe minoritária, portanto, e esta inverte em sua utilidade tudo o que pertence a comunidade, se tem uma constituição oligárquica, que considera como expressão da justiça o conjunto de leis que dita classe determina de acordo com seus interesses considera que "o que é devido a cada um" é o direito absoluto dos proprietários a dispor dos ativos sociais. Esta é a justiça oligárquica no vocabulário de Aristóteles... (SAMPAY, 1974, p. 69).

Entretanto, esta situação é instável na estimativa de Sampay, porque ou bem a situação se tratar de estabilizar por meio da ideologia justificadora de tal estado das coisas, ou pela violência, ou uma combinação de ambas, o bem da "obstinação da classe constituinte em resistir a transformação da Constituição, emana a substituição revolucionária do regime político" (1974, p. 68).

Nosso autor vai mostrando que longe de ser um constitucionalista apenas realista, como tem sido descrito frequentemente na doutrina constitucional, foi além do arquiteto da primeira Constituição social e democrática da Argentina (Constituição de 1949), de um jurista crítico e de formação filosófica aguda, ao mesmo tempo comprometido com a sua situação histórica. Além do mais, é evidente que suas análises não carecem de atualidade e até de urgência. Recentemente, Gerardo Pisarello, em seu livro "Um largo Termidor. A ofensiva do constitucionalismo antidemocrático", retoma a distinção de Arturo Sampay, embora desafortunadamente não o cite na introdução de seu texto, no qual introduz a medula de sua proposta, que guia toda a narrativa tensa da história do constitucionalismo que a atravessa, para criticar o "assalto oligárquico à democracia", pelo que "os componentes formalmente sociais e democráticos vão cedendo a uma estrutura de poder, materialmente constitucional, cada vez mais oligárquica e elitista". Ele acrescenta que na situação atual, além da extensão do princípio formal da democracia constitucional,

O juízo sobre o grosso das democracias realmente existentes deveria ser bem menos otimistas que nas versões convencionais. Muitas delas, de certo, deveriam ver -se como regimes com numerosos componentes antidemocráticos, isto é, como democracias desmedidas, de baixa intensidade. Ou, se preferir, como regimes mistos nos quais o princípio democrático vai aos moldes do princípio oligárquico e no que as liberdades públicas só se aceitam sempre que se operem com moderação, sem excesso, é dizer, sem capacidade alguma para impor limites e controles suficientes aos grandes poderes do mercado (PISARELLO, 2011, p. 11).

Para agregar à Constituição uma série de interrogações:

Qual é o significado, na verdade, de expressões como a soberania popular ou "um homem, um voto", quando somente vinte e um estados têm um PIB mais alto do que algumas das seis primeiras grandes corporações transnacionais? Que governo majoritário pode aspirar ao nome de tal quando decisões básicas da vida cotidiana dependem de minorias sem qualquer legitimidade representativa, como grandes organizações financeiras, certas instâncias supostamente "técnicas", como bancos centrais ou agências de classificação de crédito? Qual o valor exato que o direito formal de voto adquire quando vive em condições de emprego ou precariedade existencial, o acesso à mídia é limitado ou inexistente, e os principais partidos políticos estão fortemente subordinados a oligarquias financeiras livres de qualquer controle? (PISARELLO, 2011, p. 15).

As extensas citações se justificam para mostrar que tanto Arturo Sampay em seu momento, como na atualidade Gerardo Pisarello estão enunciando juízos críticos acerca dos sistemas constitucionais empiricamente existentes. Expressamente, a partir da construção do primeiro surge uma fundamentação jusmaterial, que passa pela justiça na organização e acesso aos "meios de vida". Trata-se de um julgamento crítico que não é meramente processual democrático, mas guiado por um critério material. Não pode haver Constituição democrática senão a partir do poder dos sujeitos privados de meios de vida, que são, portanto, "privados de justiça". E o poder é, em primeiro lugar, um poder (con)viver no qual se baseia materialmente a possibilidade de todo consenso. De acordo com o grupo e os fins, aquele momento primeiro determina o caráter do ato de instituir, do *cum instituere*, instituir com quem e para quê? Essa decisão determina todo um regime de inclusões e exclusões e a natureza da Constituição como um estatuto do "grupo juramentado" que resulta desse ato. Não há possibilidade de resolver esse conflito anterior de qualquer experimento mental ou modelo de comunicação ideal que o coloque entre parênteses.

6. Constituição material e justiça

Acreditamos que este tipo de juízos críticos orientados materialmente sobre os sistemas constitucionais empiricamente existentes ganha força, fundação e clareza, adotando o critério da Filosofia da Libertação: produção e reprodução da vida, consensualmente e viável. É uma espécie de crítica, necessária para lidar com a gama de problemas que ambos os constitucionalismos e experiências transformadoras que estão ocorrendo em nossa região, como a ofensiva contra o constitucionalismo democrático denunciando Pisarello, representam julgamentos. Temos explicado de maneira exhaustiva (a Sampay e Pisarello, que incorpora o conceito de "Constituição Oligárquica" nas condições atuais ofensiva neoliberal contra o Constitucionalismo democrático) porque seus parágrafos são exemplares do material do

conceito de (com) experiência que estamos adotando como critério para julgamentos avaliativos sobre a justiça das Constituições. Estes são juízos de justiça sobre a Constituição (em um sentido material) baseados no critério de racionalidade reprodutiva consensual e viável.

Franz Hinkelammert aborda essa mesma questão, não se referindo diretamente aos sistemas constitucionais, mas a dois de seus principais componentes: os direitos humanos, que aqui por convenção podemos chamar de "direitos constitucionais", enquanto estamos interessados em direitos conforme são concretizados; o sistema constitucional e as "relações de produção", isto é, o que Sampay chamou de "ordenamento dos meios de subsistência". Para Hinkelammert, o acesso a bens materiais constitui uma condição de possibilidade para o cumprimento de qualquer ação humana e, portanto, para o cumprimento dos direitos humanos.

Todas as teorias sobre democracia levam à designação de relações de produção como princípio de hierarquização de todos os direitos humanos. Os direitos humanos acabam sendo modos de vida e não simplesmente estipulações baseadas em valores que podem ser consideradas fora da vida humana, corpórea e material concreta (HINKELAMMERT, 1990, p. 138).

Em um texto mais recente, Hinkelammert, juntamente com Henry Mora, estabelece um diagnóstico crítico sobre a globalização, como estratégia global de acumulação de capital que totaliza a instituição do mercado, como uma tendência contrária aos direitos humanos dos sujeitos corpóreos necessária no Estado de Direito: sua redução e degradação pelo esvaziamento das funções econômicas e sociais do Estado e postula a necessidade da reapropriação crítica de ambos os termos:

Os movimentos de libertação dos séculos XIX e XX viram o estado do ponto de vista econômico, mas hoje esse ponto de vista deve mudar. Hoje devemos ver o aspecto econômico da questão dos direitos humanos e sua introdução no estado de direito ... No final, é um projeto de libertação: liberdade de submissão ilimitada à economia ... liberdade humana de submeter instituições a suas condições reprodutivas de vida (HINKELAMMERT; MORA JIMENEZ, 2005, p. 418-419).

Os direitos constitucionais, nessa visão, têm como seus principais quadros de viabilidade: a) o produto social; e b) a justiça distributiva dos bens de produção e consumo, tanto material como cultural. No Constitucionalismo, as normas constitucionais (regras e princípios) relacionadas à produção e à distribuição econômica, a partir do estágio do Constitucionalismo Social, são chamadas de Constituição Econômica. Em nossa opinião, esta denominação é limitada, estamos mais convencidos pelo uso de Arturo Sampay do termo

Constituição material, uma vez que vincula as questões sobre a ordenação dos meios de subsistência e justiça distributiva com o problema das relações de poder entre os grupos sociais, permitindo fazer um julgamento crítico sobre a racionalidade reprodutiva consensual e a viabilidade do sistema constitucional.

Esse conceito material de Constituição tem a vantagem de: a) cobrir, por um lado, os aspectos que fazem a racionalidade reprodutiva do sistema constitucional, não apenas a Constituição Econômica, mas também a Constituição Ecológica, todos os aspectos, enfim, as condições de reprodução do circuito natural da vida dos membros da comunidade; e b) aos aspectos das relações de poder que surgem, que tornam o caráter mais ou menos democrático da Constituição. Fornece um conjunto de noções para contextualizar criticamente a Constituição jurídica e seu funcionamento no sistema constitucional, que abrange como ela é desenvolvida por meio de interpretação constitucional, regulada por lei, incorporada em programas e políticas, ou seja, as várias formas de concretização constitucional do seu conteúdo.

Ao mesmo tempo, as relações de produção determinam estas dimensões, agindo como princípio implícito ou explícito de avaliação hierárquica dos direitos humanos. Dessa forma, são gerados critérios críticos que permitem discernir o fato de que sistemas constitucionais e regimes políticos, tão diversos reivindiquem todos a universalidade dos direitos humanos e da democracia. Aqui julgamentos obviamente críticos sobre a racionalidade reprodutiva, consensual e viável como proponentes Hinkelammert e Dussel nestes sistemas constitucionais permitem distinções na confusão dessas "constituições oligárquicas", "sistemas mistos" ou "democracias divididas".

A Teoria Constitucional hegemônica parece sobrecarregada de uma frente de quatro vezes que se afastou da consideração da racionalidade reprodutiva consensual e viável da Constituição real e, portanto, uma consideração mais problemática da Constituição legal. Nesses quatro reatores estão algumas estruturas teóricas adotadas acriticamente para modelos e comparações constitucionais de teorias europeias e estadunidenses aplicadas sem esforço suficiente de contextualização para avaliar os problemas do constitucionalismo regional, uma teoria da democracia dissociada de condições de vida e da igualdade social que é dito ao longo do século XX e consolidada na América Latina com as "transições" e a hegemonia do neoliberalismo, uma teoria da lei analítico-positivista dominante no dogma da América Latina que busca construir muros de separação entre a lei e outras habilidades práticas, tais como ética e política, e pós-modernismo cínica ou comemorativo com suas posições pós fundacionais. Em qualquer caso, esta Teoria Constitucional tem sérios problemas quando

compreende criticamente tanto o ataque neoliberal no constitucionalismo democrático, como o escopo e debates gerados pela experiência do novo constitucionalismo transformador em nossa região.

Por outro lado, ao utilizar o critério material, supõe-se ao mesmo tempo fundar uma Teoria Constitucional que se baseia nas lutas sociais que geraram tentativas e processos de reconstituição popular na América Latina, a partir dos processos de independência e formação dos Estados nacionais na região. Esses momentos do Constitucionalismo Popular são escassos, mas significativos e geralmente ignorados ou relegados pela historiografia e pela Teoria Constitucional dominante.

A crítica se articula desde a experiência histórica da luta dos “sem justiça”, passando assim decididamente ao campo da analítica constitucional: desde as vítimas oprimidas, excluídas das condições de poder desenvolver sua vida e inclusive até mesmo de reproduzi-la, e, claro, o consenso constitucional, que com sua presença demonstra além da justiça, a não visibilidade do sistema constitucional por defeituoso.

Desde esta perspectiva crítica, situados estes marcos conceituais no contexto de sociedades complexas como as da nossa região, a homologia estrutural dos campos sociais, que é efeito principalmente do campo político e também jurídico tem a ver com a evolução e a diferenciação funcional, como mantém a sociologia jurídica conservadora e eurocêntrica, mas com dominação e opressão. É da experiência de outro tipo de complexidade social que surge do pluralismo de formações sociais onde se fazem presentes a matriz da colonialidade do poder (QUIJANO *Apud* PALERMO; QUINTERO, 2014) e do dispositivo *Whiteness* (BOLIVAR ECHEVERRÍA, 2010). A complexidade social não é uma variável do grau de evolução e diferenciação social, com as sociedades modernas tardias ocidentais como referência, mas as complexidades são diferentes em ambos os lados da linha abismal da diferença colonial (CHATTERJEE, 2008). O nível constitucional do campo jurídico é afetado, deslegitimado e deve explicitamente, de uma forma ou de outra, por exemplo, como violência e criminalização do protesto social, o conflito ligado à dialética de temas sociais e políticos que agora devem ser tomados em conta, ainda que de forma negativa, nos discursos constitucionais por não poder viver, por ser excluído da comunidade política, da comunidade de intérpretes da constituição.

O poder constituinte formal é formatado, condicionado pelo caráter dos sujeitos e pelos poderes que compõem aquele grupo constituinte dominante que se torna um "grupo juramentado" pela decisão, como diria Carl Schmitt, de assumir a forma política da sociedade. Organização da convivência consensual e organizada. Este é o momento institucional em que

a *potentia* difere da comunidade política nas *potestas* (DUSSEL, 2009, p. 259-262), que é uma condição para o exercício do poder constituinte formal originário e a natureza da constituição resultante.

Assim, articulando as contribuições de Aníbal Quijano acerca da matriz de colonialidade do poder e as de Bartolomé Clavero (2007, p. 87-105) sobre a história constitucional dos poderes nomeados e inominados, podemos dizer que geralmente os processos constituintes de conteúdo liberal e/ou conservador durante o século XIX e até ao século XX na América Latina, foram condicionados por essa matriz de poderes de fato sem nome e geraram Constituições oligárquicas, cujas declarações de direitos e garantias resultaram na experiência do "sem justiça", meramente simbólico. Isto com poucas, mas notáveis exceções que fazem tentativas genuínas ou processos constituintes radicais que foram precedidos pelo surgimento de grupos subalternizados e pela conformação prévia do bloco social dos oprimidos.

Bibliografia

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Zavalía, 2011.

BEUCHOT, Mauricio. **Hermenéutica analógica y filosofía del derecho**. San Luis Potosí: UASLP, 2007.

BOLIVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. La Paz: U.P.S. editorial, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Curitiba, Juruá, 2011.

CHATTERJE, Partha. **La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos**. Buenos Aires: CLACSO-Siglo XXI, 2008.

CLAVERO, Bartolomé. **El orden de los poderes**. Historias constituyentes de la trinidad constitucional. Madrid: Trotta, 2007.

CUBA. **Constitución de la República de Cuba**. La Habana: Asamblea Nacional del Poder Popular, 2003.

DUSSEL, Enrique. **Praxis latinoamericana y filosofía de la liberación**. Buenos Aires: Docencia, 2012.

_____. **Política de liberación**. Vol. II, Madrid: Trotta, 2009.

_____. **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao: Desclèe de Brouwer, 2001.

- _____. **Ética de la liberación**. En la edad de la globalización y de la exclusión. Madrid: Trotta, 1998.
- ECHEBERRIA, Bolívar. **Modernidad y blanquitud**. México D.F.: Era, 2010.
- ELLACURÍA, Ignacio. **Filosofía de la realidad histórica**. Madrid: Trotta, 1991.
- ESPAÑA. **Constitución Española-Krisipen Sersení**. Barcelona: Nevipens Romaní, 1988.
- ETXEBERRÍA MAULEÓN, Xavier. **Los derechos humanos desde Paul Ricoeur**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1994.
- HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez, sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, 1998.
- HINKELHAMMERT, Franz; MORA JIMÉNEZ, Henry. **Hacia una economía para la vida**. San José: DEI, 2005.
- HINKELHAMMERT, Franz. **Democracia y totalitarismo**. San José: DEI, 1990.
- _____. **El retorno del sujeto reprimido**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- MARX, Carlos. Crítica del programa de Gotha. In: MARX, Carlos; ENGELS, Frederico. **Obras escogidas**. tomo V. Buenos Aires: Ciencias del Hombre, 1973.
- MEXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- PALERMO, Zulma; QUINTERO, Pablo (comps.) **Anibal Quijano**. Textos de fundación. Buenos Aires: Eds. Del Signo, 2014.
- PISARELLO, Gerardo. **Un largo Termidor**. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, Madrid: Trotta, 2011.
- ROIG, Arturo Andrés. **Teoría y crítica del pensamiento latinoamericano**. Buenos Aires: Una ventana, 2009.
- RODILLO MARTÍNEZ, Alejandro. **Fundamentación de derechos humanos desde América Latina**. México D.F.: UASLP-Itaca, 2013.
- SALAMANCA, Antonio. **Filosofía de la revolución**. Filosofía para al Socialismo en el siglo XXI. San Luis Potosí: Comisión Estatal de Derechos Humanos de SLP, Facultad de Derecho, UASLP, 2008.
- SAMPAY, Arturo. **Constitución y pueblo**. Buenos Aires: Cuenca, 1974.
- SCANONNE, Juan Carlos. **Discernimiento filosófico de la acción y pasión históricas**. Planteo para el mundo global desde América Latina. Barcelona: Anthropos- Universidad Iberoamericana, 2009.