

ALÉM DO CONSTITUINTE E DO CONSTITUCIONAL:
POR UMA TEORIA MATERIALISTA DO PROCESSO SOCIAL CONSTITUTIVO¹²

Carlos Rivera-Lugo^{*3}

Resumo: O artigo realiza uma crítica às formas fetichizadas de compreensão da realidade jurídica, buscando uma análise do constitucionalismo para além da noção lógico-formal, adotando como base a teoria crítica do direito. Propõe o entendimento segundo o qual a Constituição seria materialmente composta por fatos constitutivos com força normativa, assim oferecendo novas visões acerca do poder constituinte e constitucional, avançando na proposta de uma teoria materialista do processo social constitutivo. Sob esse prisma, o texto constitucional seria percebido como expressão de âmbito histórico-social específico das relações concretas do poder e das lutas que nelas se encenam. O texto realiza uma análise da conjuntura atual do novo constitucionalismo latino-americano à luz dos pressupostos teóricos da teoria crítica e, por fim, trabalha o conceito de constitucionalismo societal, a fim de oferecer uma compreensão e análise crítica do conceito de Constituição e das suas discrepâncias em relação à realidade no mundo contemporâneo.

Palavras-chave: teoria materialista; Constituição; processo social constitutivo; constitucionalismo societal; teoria crítica do direito.

Resumen: El artículo hace una crítica a las formas fetichizadas de comprensión de la realidad jurídica, buscando un análisis del constitucionalismo más allá de la noción lógico-formal, adoptando como base la teoría crítica del derecho. Propone el entendimiento según el cual la Constitución sería materialmente compuesta por hechos constitutivos con fuerza normativa, así ofreciendo nuevas visiones acerca del poder constituyente y constitucional, avanzando en la propuesta de una teoría materialista del proceso social constitutivo. Bajo ese

¹ Artigo recebido em 11/12/2018 e aprovado para publicação em 11/12/2018.

² O texto original, em castelhano, será publicado em 2019 no livro *Derecho, conflicto social y emancipación*, CLACSO/ILSA/Universidad de Nariño, Buenos Aires, do Grupo de Trabalho “Pensamiento Jurídico Crítico” da CLACSO.

⁰ Catedrático aposentado e Decano fundador da *Facultad de Derecho Eugenio María de Hostos* (Puerto Rico). Pesquisador independente de Filosofia e Teoria do Direito e do Estado. Professor colaborador do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da *Universidad Autónoma de San Luis Potosí* (México). Membro do Grupo de Trabalho “Pensamiento Jurídico Crítico” da CLACSO e do Conselho Editorial da Revista Latinoamericana *Crítica Jurídica* (México). É autor, entre outros livros, de *La rebelión de Edipo y otras insurgencias jurídicas* (San Juan, 2004); *¡Ni una vida más para el Derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma jurídica* (San Luis Potosí/Aguascalientes, 2014); e *Crítica à economia política do direito* (São Paulo, 2019). É também co-autor e co-coordenador, junto a Oscar Correas, da obra *El comunismo jurídico* (Ciudad de México, 2013). Doutor em Direito pela *Universidad del País Vasco* (Espanha). ORCID ID: 0000-0002-2031-3667.

³ Tradução: Marina de Almeida Rosa (ORCID ID: 0000-0003-3475-6167). Professora de Direito Internacional e de Regimes Internacionais nos cursos de Graduação em Direito e em Relações Internacionais do UniRitter. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS. Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharela em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogada internacionalista.

Revisão da tradução: Enzo Bello (ORCID ID: 0000-0003-3923-195X). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Pós-doutorado em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Adjunto da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Editor-chefe da Revista *Culturas Jurídicas* (www.culturasjuridicas.uff.br). Membro do Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos (NEPHU-UFF). Consultor da CAPES.

prisma, el texto constitucional sería percibido como expresión de ámbito histórico-social específico de las relaciones concretas del poder y de las luchas que en ellas se escenifican. El texto realiza un análisis de la coyuntura actual del nuevo constitucionalismo latinoamericano a la luz de los presupuestos teóricos de la teoría crítica y, por último, trabaja el concepto de constitucionalismo societal, a fin de ofrecer una comprensión y análisis crítico del concepto de Constitución y de sus discrepancias en relación a la realidad en el mundo contemporáneo.

Palabras clave: teoría materialista; Constitución; proceso social constitutivo; constitucionalismo societal; teoría crítica del derecho.

I. Uma concepção materialista do processo constitutivo

O mundo está cheio de sombras. Refiro-me às formas fetichizadas com as quais pretendemos reduzir o entendimento e a explicação da realidade. Seu artifício não é mais que do que um estado de consciência ou configuração mental em que se confunde a ideia ou opinião sobre o real com o que ele é de fato. Mas isso não o torna real. O real é aquilo que serve para a produção e reprodução social da vida como um todo. O real são as forças motrizes das formas de vida existentes.

O Estado, a política e a forma jurídica são algumas dessas condições fetichizadas, próprias do sistema capitalista. Inclusive a crença na suposta existência autônoma destes aspectos como formas que contêm possibilidades redentoras da humanidade é uma dessas compreensões reificadas do real que continuamente colidem com a experiência. O mesmo sucede quando pensamos que o problema está nos conteúdos substantivos da política e do direito, e não em suas próprias formas, ou quando nos negamos a reconhecer o que se faz cada vez mais evidente: tanto o político como o jurídico derivam essencialmente da economia política não apenas através do modo de produção e intercâmbio, como também ao se estabelecer dominação e constituir a subjetividade. A contradição principal da forma em que as coisas se encontram é a existência de suas formas de expressão da realidade e a realidade em si.

A cegueira resultante não nos permite ver que por trás dessas formas fetichizadas se oculta uma série de ideias e práticas que são o produto de uma constelação de relações sociais e de poder; processos e instituições que, ao fim e ao cabo, constituem verdadeiramente o real. Trata-se de todo um modo de produção e intercâmbio social, assim como de dominação e subjetivação, sustentado na valorização permanente e ampliada do valor das coisas e dos seres, considerados também coisas, isto é, mercadorias. Toda a vida está subsumida sob os cálculos reducionistas do capital e de suas formas fetichizadas, que nada

têm de inocentes ou resgatáveis. Por isso, precisam operar nas sombras para que não possam iluminar seus verdadeiros propósitos nem explorar suas contradições. Nesse sentido, temos que estudar o real e não suas aparências se queremos entender concretamente o movimento material da sociedade.

Por exemplo, quando nos limitamos ao que está formalmente enunciado em um texto constitucional, se isso é realmente o caso, não fazemos mais do que seguir reproduzindo esse marco cooptado e alienante do entendimento, do qual precisamos urgentemente escapar. Em muitas ocasiões nosso estudo e a descrição do constitucional se reduzem ao que se chama de constitucionalismo formal, isto é, o escopo lógico-formal representado por um conjunto abstrato de princípios e normas gerais que enunciam, desde uma perspectiva essencialmente estadocêntrica, um projeto historicamente determinado de país. A abstração não tem nada de inofensiva. Constitui um artifício destrutivo, já que pretende inculcar um desconhecimento ou uma indiferença do real. Nessa ordem de ideias, mediante a fetichização da norma constitucional se pretende produzir uma vida social também fetichizada, isto é, falsa por “dar as costas” ao real.

No entanto, a Constituição reduzida à norma despida de perspectiva histórica, formal e abstrata, é tão só uma das duas caras do constitucionalismo moderno, pois o texto constitucional, como o direito em geral, não possui vida própria. É, em última instância, expressão do âmbito histórico-social específico das relações reais e concretas do poder e das lutas que nelas se encenam. Refiro-me ao constitucionalismo material do qual surge a verdadeira força da ordem constituída e dos fundamentos explicativos de seus múltiplos sentidos, tanto lógicos, quanto práticos.

Fatalmente, viciados em fetichismo jurídico, tendemos a esquecer que não é a sociedade que se baseia na Constituição. Mais especificamente, é a Constituição que se baseia na sociedade. Precisamente por isso, estamos sujeitos a reconhecer que a vida real daquilo que é reconhecido como constitucionalismo radica-se mais na ordem social do que lhe constitui materialmente, isto é, o balanço estratégico de forças que caracteriza o processo social de conflitos e lutas que o criaram e o desenvolve, o interpreta e aplica dentro de uma historicidade completa. É por conta disso que sua materialidade está determinada, em última instância, pelo estabelecido permanentemente na mesma ordem e e no processo social constitutivo que aspira estruturar e regular. Trata-se da dialética viva própria do materialismo normativo do real, com o qual o processo social constitutivo não só expressa e apoia, como também, por sua vez, estrutura a ordem atual como totalidade social. Em sua historicidade é

tanto produto, como produtor. Rompe com os limites impostos ao poder constituinte pelo direito constitucional burguês, para potencializar-se como presença permanente desde as entranhas da vida social e comunitária.

Refiro-me ao que na Europa, por exemplo, se conhece historicamente como *potestas constituta* (SCHMITT, 1982, p. 126), ou seja, uma forma política descentralizada, plural e participativa que, ao contrário do princípio liberal da representação, do tipo elitista e individualista, propõe a capacidade inerente da comunidade para uma governança autodeterminada. O poder constitutivo, isto é, a autoridade para tomar decisões políticas e prescrever normas, não deve residir primordialmente – nem originariamente – em um poder centralizado e transcendental como o Estado, o qual pode corromper-se com facilidade ou reduzir-se à representação de interesses estritamente particulares alheios ao bem comum. A *potestas constituta* é da comunidade. É imanente e difusa, localizada nas múltiplas expressões da comunidade. Seus processos decisórios são consensuais e de caráter assembleísta. Sua normativa é produto do acordo coletivo. Nele está o fundamento de sua legitimidade e eficácia.

Ora, a *potestas constituta* é também *potentia*, ou seja, sua materialidade está em contínua evolução. É o poder superior a qualquer outro e é comum a todos os membros da comunidade. Com fundamento na *potestas constituta*, a soberania é da comunidade. Esta ideia contrasta fortemente com a alienação da *potestas constituta* segundo os artificios políticos e jurídicos da modernidade capitalista, como ocorre nos casos de Hobbes e Locke. Mesmo a separação entre a sociedade política e sociedade civil, entre o Estado e a comunidade, como vemos em Kant e Hegel, busca, essencialmente, eliminar a *potestas constituta*. Para estes, a única “comunidade” possível é o Estado liberal-burguês.

Em suma, apenas por meio deste processo social constitutivo se pode criar uma democracia real fundamentada na autodeterminação, ou seja, em uma subjetividade destitutiva do velho e constitutiva do novo. Trata-se de entender o fenômeno contemporâneo do poder, como uma expressão que é do próprio capital, não é algo indivisível, nem uma essência ou uma atribuição localizada em um só local, senão algo que se produz e reproduz, isto é, constitui-se – como também resiste – mediante uma pluralidade de relações que atravessam a sociedade. E embora estejamos forçados a admitir a que a totalidade social está fraturada, também é hora de entendermos que é a partir da plena compreensão desta realidade que se pode despertar e afirmar a possibilidade de muitos outros vínculos humanos dentro dela.

Nossa historicidade concreta não é algo que nos seja estranho, mas que nos convoca continuamente como sujeitos para construí-la, para nos convertermos em sujeitos constitutivos dos fatos históricos que representam sua transformação. O processo social constitutivo é, portanto, condição indispensável para a permanente atualidade da revolução. O problema é que, lamentavelmente, até agora se pretendeu desconhecer a existência real e empírica do poder constitutivo como fenômeno diferenciado do constituinte e do constitucional.

II. Entre o constitucional e o constitutivo

Existem basicamente duas concepções acerca da Constituição. Em primeiro lugar, há a concepção liberal-burguesa, cujo desenho se centra na estruturação de limites ao poder constituído, ou seja, ao poder governamental, frente à chamada sociedade civil. Disto decorre a centralidade da teoria sobre a distribuição e o equilíbrio de poderes ou funções, combinada com o princípio de representação ou delegação da soberania popular às instâncias do poder constituído. Claramente, no fundo, tal Constituição é representativa da ordem material do capital como modo de produção e intercâmbio, que é, por sua vez, modo de dominação e subjetivação. Caracteriza-se por uma concepção monista do poder e da prescrição normativa, centrada no Estado como forma particular que assume a dominação sob o capital.

No entanto, há também aquela outra concepção, a do materialismo marxista, centrada na estruturação e no fortalecimento de um processo social constitutivo como exercício inalienável e permanente da afirmação do comum como ruptura, não reduzível ao momento fundacional de uma constitucional previamente dada, ou da autoridade e das obrigações de suas instâncias governamentais enunciadas na Constituição instituída. Neste último caso, nos referimos ao poder constitutivo que, como pluralidade transversal, transcende a concepção burguesa do poder constituinte como unidade abstrata e temporal. Neste aspecto, se potencializa o poder constitutivo para a produção e reprodução de uma nova ordem material, cuja matriz está na forma comunitária ou comunal.

Ao longo dos últimos três séculos, o estudo do constitucionalismo, mesmo socialista, tem sido majoritariamente estadocêntrico, negando-se a valorar a Constituição como processo social e comunitário, cuja força constitutiva está em contínuo movimento. A concepção estadocêntrica teve como objetivo a estruturação do Estado-nação como instrumento ordenado e potencializador da nova sociedade capitalista e de suas

correspondentes relações sociais e de poder. Não obstante, a concepção social ou comunitária é a que apresenta uma especial pertinência no que se chama de novo constitucionalismo latino-americano, devido às forças sociais que historicamente, para além do Estado, o tem fortalecido, e a vontade anti-imperialista e transcapitalista que o tem inspirado. Inclusive as lógicas participativas e igualitárias que lhe são determinantes colocam sobre a mesa a transição de um processo social constitutivo hegemônico pelo Estado, a um processo constitutivo hegemônico pela sociedade, a comunidade, os movimentos sociais, isto é, as forças motoras vivas da nova possibilidade aberta para a mudança revolucionária. Portanto, se trata de um marco tanto prático, quanto doutrinário que se torna permanente, como a mesma ordem material que lhe serve de matriz.

Para bem entender o fenômeno jurídico neste novo contexto, tanto histórica, como estrategicamente, é necessário ter um bom conhecimento dos processos sociais nos quais se tomam decisões econômico-políticas e os seus efeitos normativos. Não me canso de pontuar que os processos sociais são constitutivos, já que com base neles se prescrevem normas sociais e comunitárias de todo o tipo, tanto de direito, como de *não-direito* (CARBONNIER, 1974, p. 13-36; RODOTÁ, 2010, p. 25-91; RIVERA LUGO, 2014, p. 123-161), desde as normas consuetudinárias até as jurídicas, as determinações administrativas e judiciais, assim como os acordos contratuais segundo a *lex mercatória*. Nesse sentido, o direito não surge do mesmo direito. Nenhuma norma jurídica se autogera ou autoimplanta. Há uma pluralidade material de fontes sociais e institucionais. Não se produz nem se aplica no vácuo. Resulta desse processo social e estratégico que produz decisões e fatos com efeitos normativos. Portanto, compreender como se chega a essas decisões ou como se produzem esses fatos é fundamental para entender o que, no fundo, são o direito e a normatividade social e comunitária em geral, para além dele.

A Constituição é, em suma, um processo constitutivo total: trata-se não só de um texto, mas sobretudo essa sua outra dimensão, já mencionada, materialmente composta por fatos constitutivos com força normativa, os que desdobram seu texto ou seus enunciados lógico-formais. Ademais, é um processo social contraditório que está caracterizado pela implementação efetiva de uma série de forças e relações de poder para a tomada de decisões com autoridade e para a prescrição de políticas e normas – geralmente efetivas – dentro de uma multiplicidade de contextos. Trata-se, portanto, de um processo compreensivo e ampliado, tanto formal como informal, cuja autoridade tem como fonte material, no capitalismo, tanto o Estado, quanto o mercado, ou em um caso alternativo, a sociedade e a

comunidade, os movimentos sociais e as associações, entre outros vínculos sociais. É um processo essencialmente econômico-político que promove valores e interesses específicos, realiza expectativas, toma decisões, formula políticas e executa ações em consonância com essas, dentro de uma situação de forças concretas.

Nesse sentido, o poder constituinte é parte consubstancial do processo social constitutivo, não se reduzindo ao evento originário constituinte como é, por exemplo, uma assembleia constituinte. O processo constitutivo está permanentemente aberto como a própria vida. O povo soberano nunca pode ceder seu poder sobre a totalidade dos eventos políticos, econômicos, sociais, já que é a semente e o fundamento definitivo da democracia. Isto não se deve a um título jurídico, mas está acima da forma jurídica estadocêntrica. Não pode haver norma válida que seja exterior a essa vontade soberana social e comunitária.

III. Tensões e desafios do novo constitucionalismo latino-americano

Em uma conferência realizada em 2010 em Mayagüez (Porto Rico), na Faculdade de Direito Eugenio María de Hostos, o filósofo político boliviano, Luis Tapia Mealla, advertiu que em seu país se estava vivendo um processo de “desdobramento da política em relação ao Estado”. A respeito, afirmou que a rebelião plurinacional e popular que culminou na ascensão à presidência de Evo Morales não é essencialmente estatal, mas tende a formas mais comunitárias de mando político. Inclusive assinalou que existem culturas e nações dentro da Bolívia que não têm uma noção do Estado como parte de seu modo de pensar ou de viver. Nesses casos, a característica central de seu modo particular de governança é a assembleia comunitária. Ademais, Tapia concluiu que o artigo 2 da atual Constituição do Estado Plurinacional, Multicultural e Comunitário praticamente “anula o Estado”, pois reconhece a livre determinação de nações, povos e comunidades (RIVERA LUGO, 2010). Nesse sentido, se potencializa a possibilidade de que esses, como expressões do poder constituinte, sejam fontes materiais constitutivas de um direito ou uma normativa para além do Estado.

Marx advertiu que o Estado constitui uma “comunidade ilusória”. Para ele, com a concepção idealista de Estado, postulada a partir do liberalismo burguês, se pretende que tal Estado seja uma comunidade real. Como alternativa, propõe a constituição material de um Estado cujo fundamento é a soberania popular ou comunal, em que o soberano popular ou comunal é o Estado real. Ora, trata-se de um Estado que se torna permanentemente o seu oposto: um não-Estado encarnado nesse mesmo soberano popular e na sociedade real que o

compõe. O que Marx propõe é a mesma reabsorção do Estado pela sociedade, ou, sendo mais preciso, pela comunidade, incluindo a reapropriação por parte desta da produção, não só econômica, como também normativa. E é que a superação histórica do Estado se direciona ao desenvolvimento, alternativamente, da sociedade. Assim, se reconhece o caráter diretamente político da sociedade e da comunidade. Como resultado, a forma burguesa de Estado deve ser socializada até extinguir-se, ou seja, encarnando-se na comunidade e na subjetividade de seus membros.

Portanto, trata-se da transição da forma de Estado para a forma de comunidade como novo marco horizontal e autodeterminado de governança. Em todo caso, a função do Estado transicional é criar as condições para o desenvolvimento dos processos e instituições necessárias para articular progressivamente, a partir de baixo, uma democracia do comum, além de si e em substituição a si. Se o que está em questão é superar as assimetrias do poder próprias do capitalismo e do colonialismo, não resta outra escolha senão encaminhar-se a um trânsito histórico da razão do Estado à razão da comunidade, da soberania estatal à soberania comunitária ou comunal.

De outra parte, no caso do Equador, testemunhamos a existência de tensões similares e desafios análogos, sobretudo ante uma Constituição que é resultado de uma vontade constituinte claramente definida a favor da centralidade da ampliação radical da participação democrática, a qual confronta-se muitas vezes com o marco prático que parece restringir seus alcances originais. O poder constituinte critica a ordem política e econômica liberal, particularmente em sua modalidade neoliberal. Por isso, não se trata, como bem advertem Albert Noguera e Marco Navas (2016), de entender a proclamação de um direito expansivo de participação como se fosse mais um direito constitucional, no sentido do positivismo jurídico burguês. Trata-se de concebê-lo como um *direito constituinte*, eixo de toda a nova estrutura constitucional que transcende as possibilidades de institucionalidade características do Estado herdado, ao mesmo tempo em que obriga a superar os critérios para a produção normativa que são próprios do paradigma constitucional precedente.

Noguera e Navas entendem por *direito constituinte* “aquele direito ‘fundamental’ a partir do qual se ordena uma sociedade historicamente determinada e a vida dos indivíduos que nela vivem, tornando-se a chave constitutiva e interpretativa fundamental da organização social, política e econômica”. Sua vigência plena não só é possível por meio de uma transformação estrutural que reconheça que o novo constitucionalismo não pode limitar-se a certas interpretações e aplicações do texto constitucional, segundo a cultura jurídica burguesa

vigente, mas requer a produção de um novo direito ou normativa constituinte – que não é necessariamente o mesmo que o direito constitucional -, no qual se reconheça efetivamente a centralidade do poder constitutivo da vontade do soberano popular, isto é, o poder constituinte acima do poder constituído. (NOGUERA, NAVAS, 2016, p. 25-29).

A partir desta perspectiva, a verdadeira Constituição – ou seja, a *constituição material* - é o povo soberano, aquele que foi criminalizado como foragido na ordem político-jurídica anterior. Seu principal sujeito já não é o abstrato sujeito jurídico do constitucionalismo liberal-burguês, mas esse sujeito que soberanamente se rebelou com o objetivo de refundar, a partir de si, toda a sociedade, com os efeitos normativos correspondentes. No entanto, em se tratando de uma verdadeira refundação, seria necessário realizar uma problematização crítica da forma burguesa de Estado, assim como do Estado de Direito, dadas suas limitações e restrições inerentes para motorizar um constitucionalismo que se reforce a partir de um poder constitutivo permanente e inalienável do soberano popular, em suas múltiplas expressões, para a superação da colonialidade capitalista que aflige. Lamentavelmente, não o fez com a profundidade devida.

Por outro lado, no caso da Venezuela estamos diante de um processo constitucional que tem como acontecimento fundacional o *Caracazo* de 1989. Enquanto na Europa se celebra a demolição do funesto Muro de Berlim e o “colapso do socialismo real”, proclamando, ainda, que a história da humanidade havia finalmente encontrado uma razão universal para o liberalismo político e econômico, a partir do *Caracazo* se motorizou uma resistência popular a partir de baixo contra o capitalismo e suas novas políticas neoliberais de desapropriação da grande maioria da sociedade. O resultado foi o processo social constitutivo que resultou na Constituição bolivariana de 1999, cujo sujeito protagonista é esse povo em rebelião que esteve marginalizado e ausente na hipócrita constituição liberal precedente. Se propôs refundar a ordem constitucional a partir das mudanças havidas na ordem material constitutiva, em especial a articulação de um novo bloco hegemônico de forças. O despertar e a ativação desse sujeito originário, oprimido e esquecido foram a razão pela qual esse processo constitutivo se converteu em uma nova e revigorante referência para o constitucionalismo contemporâneo, sobretudo em nossa América.

Contudo, Hugo Chávez, que presidiu esse processo como mandatário eleito entre 1998 e 2013, sabia que a refundação somente seria possível na medida em que a rebelião civil fosse canalizada para a organização de uma proposta afirmativa de transformação revolucionária que levaria à progressiva superação histórica da ordem capitalista. Nesse

aspecto, esteve sempre consciente das limitações que o Estado herdado imporia ao processo de mudança, em particular por sua burocratização, sectarismo e corrupção. Não bastariam as novas ideias e intenções, mas deveria ser instituído o novo para evitar que o velho terminasse por reimpor-se. Daí o ímpeto de sua presidência das “*misiones*”, como o primeiro passo para a socialização do poder político (SERRANO MANCILLA, 2015, p. 428-463). Da mesma forma, Chávez propôs o desenvolvimento de um novo poder comunal, fiel à sua crença de que um socialismo do século XXI superaria as deficiências históricas que levaram ao colapso do chamado socialismo real europeu, sobretudo o soviético. Não se tratava de algo definitivamente configurado ou realizado, mas de um impulso constitutivo em geração que foi potencializando gradualmente o processo. O propôs como um poder popular, articulado a partir de baixo, que deveria ampliar-se progressivamente a todos os âmbitos da vida nacional como parte de uma reestruturação daquilo que classificou como a “geometria do poder” (CHÁVEZ, 2012).

Na lei orgânica das comunas de 2009, junto a outra legislação suplementar sobre a matéria aprovada nos anos posteriores, as comunas foram concebidas como um passo em direção à instituição do poder comunal. Cada comuna redige e aprova, em assembleia, uma espécie de Constituição comunal conhecida como Carta fundacional. Deste modo, a Constituição bolivariana não só se adequa à forma de poder comunal, mas se reproduz criativamente, a partir de baixo, em cada região do país, em reconhecimento efetivo à pluralidade constitutivo do país. Isto inclui, como corolário, o desenvolvimento da economia comunal como expressão da socialização efetiva da produção social e dos processos de intercâmbio a partir da comuna. Reconhece-se, assim, que a nova economia política venezuelana deve ter como eixo e fonte de suas decisões a vontade geral do povo soberano, comunalmente organizado. Somente é soberano quem efetivamente decide, tanto no plano político e econômico, quanto no caso da chamada propriedade social. Unicamente assim o controle exercido pela instituição burguesa da propriedade privada ou o controle estatal sobre os meios de produção e intercâmbio pode ser encurralado. Eis aqui, segundo Chávez, o nó górdio que deve ser rompido se, verdadeiramente, se quer avançar a “um socialismo bolivariano do século XXI”, apoiado no poder comunal.

Desta maneira, a proposta comunal de Chávez buscou orientar o processo social constitutivo de seu país para o impulso equivalente da forma-comunidade sempre latente como *potentia* permanente, na qual reemergiu nestes tempos. Marx tinha na comuna seu modelo de superação histórica de Estado burguês. A partir da experiência histórica da

Comuna de Paris, Marx comprova que “a classe trabalhadora não pode simplesmente tomar a posse da máquina estatal existente e colocá-la em movimento para os seus próprios fins”. Após a experiência da Comuna de Paris, tanto Marx como Engels começam a vislumbrar o desenvolvimento de um processo constitutivo de outra forma de governança alheia à forma estatal burguesa como um imperativo político. Com base nisso, o povo como soberano popular se erige no Estado real, um Estado que se torna progressivamente o seu contrário: um *não-Estado* encarnado nesse soberano popular ou comunal. O que Marx propõe é a reabsorção do Estado pela sociedade, fazendo-se comunidade, e incluindo a reapropriação por esta da produção econômica e normativa.

Aqui reside a verdadeira prova de fogo para saber se o novo constitucionalismo nos casos da Venezuela, Bolívia e Equador representa, além de seus eventos fundantes, uma sequência de processos e fatos históricos de caráter revolucionário. Isto não pode ser determinado exclusivamente a partir de princípios normativos que formalmente enunciam, como por exemplo a primazia do poder constituinte frente ao poder constituído, a plurinacionalidade, a democracia participativa, a pluralidade de fontes formativas sociais e o *bem viver*. Há de se examinar suas práticas, incluindo sua interpretação e aplicação, para assim identificar se se está realizando concretamente o impulso constitutivo que abarque o novo, incluindo a constituição de uma subjetividade democraticamente empoderada, ou se segue reproduzindo o marco prático de doutrinário do constitucionalismo liberal.

Uma experiência recente que merece ser destacada é a relativa à iniciativa na Venezuela de voltar-se ao poder constituinte para tentar estabilizar e superar uma crise constitucional produto de uma divisão do poder governamental entre os poderes Executivo e Judiciário, nas mãos da esquerda, e do Legislativo, nas mãos de uma direita, que, inclusive, está disposta a recorrer a atos violentos e criminais nas ruas. Com a instauração da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) em julho de 2017 foi possível pacificar a situação. Trata-se de um corpo cuja composição em termos de condição social, orientação política, raça, etnia e gênero é representativa desse novo sujeito que já em 1999 irrompeu de baixo para refundar a política e a normatividade do modo de ser e estar em comum na Venezuela. Com a ANC se instituiu um novo processo constituinte cujas decisões estão acima de qualquer determinação ou ato de qualquer dos poderes ou instâncias governamentais. Como parte de sua agenda, decidiu empreender uma atualização necessária do texto da Constituição Política de 1999, em resposta aos novos desafios estabelecidos, sobretudo o aprofundamento

da revolução em direção ao socialismo e à consolidação material do poder comunal como nova forma política.

Desse modo, se presencia o surgimento de uma nova normatividade constituinte, a qual não surge do poder constituído, mas de um poder constituinte, encarnado especialmente nas comunas, a partir de uma compreensão cabal do constitucional como campo de batalha. Ainda se pode reafirmar o pouco respeito que as forças contrarrevolucionárias ou opositoras, bem como seus aliados externos, especialmente o Governo dos Estados Unidos, demonstram em relação à ordem constitucional vigente. A exemplo do caso do Chile de 1973, os chamados feitos por porta-vozes desses grupos a um golpe de Estado apenas confirmam, uma vez mais, a profunda hipocrisia deles frente à legalidade vigente quando essa não lhes permite seguir garantindo seus reais interesses. Nestes momentos reconhecem que na realidade dos fatos prevalece aquele projeto de país e de sociedade que tem a seu favor a situação real de forças.

IV. A crise do Estado burguês de direito e sua constituição

Ante o exposto, o que se tem chamado de novo constitucionalismo latino-americano representa potencialmente uma ruptura paradigmática com o constitucionalismo liberal que predomina como modelo na modernidade capitalista. No entanto, para realizar tal possibilidade histórica deve-se encarar a necessidade de repensar e refazer o que tem sido, até o momento, o que chamamos de Estado de Direito e Constituição. Devemos rechaçar toda a pretensão de neutralidade ideológica ou axiológica dessas, assim como de outras categorias ou conceitos que, como já antecipei, servem para guiar – ou nublar – nosso entendimento acerca do direito realmente existe. Assim, devemos resignificá-los para ancorá-los em sua realidade material ao invés de sua razão formal alienante, e será necessário superá-los para inventarmos novos conceitos, categorias e entendimentos que estejam em sintonia com esse movimento histórico do comum que quer potencializar para além do capitalismo e da colonialidade do pensamento herdado.

Com esse propósito, todo o ilusionismo jurídico deve ser superado. Somente se pode entender o direito a partir de uma perspectiva materialista e, portanto, estratégica, como parte de uma ordem civil de lutas de classes, grupos, povos, raças e sexos. Trata-se de uma ordem material contraditória, conflitiva e fraturada, cada uma de suas expressões contendo

aspirações, interesses e expectativas particulares. Contrário à noção comum, ideologicamente motivada, o direito não representa a pacificação social.

Aspira, em todo caso, ocultar o fato de que no fundo é a guerra contínua por outros meios alegadamente consentidos. As múltiplas manifestações do conflito social são o motor das instituições e a ordem estatal.

Marx instituiu que não devemos falar de direito em abstrato, já que o que prevalece finalmente como tal é o resultado do balanço real de forças. O jurídico se constitui socialmente a partir das relações de poder real e também em seu benefício para servir-lhe de instrumento, justificativa e validação. Nesse sentido, o direito é um processo caracterizado por uma estrutura concreta de relações sociais desiguais de poder que devemos entender para articular estratégias políticas, econômicas e legais ou mudanças legislativas. O direito burguês é, no fundo, um modo de regulação social historicamente determinado que está predicado na sanção coativa para compelir a submissão à ordem capitalista vigente.

O moderno Estado de Direito não é outra coisa senão um Estado Burguês de Direito. Seu ideal constitucional se limita, majoritariamente, às liberdades burguesas: a propriedade privada, a liberdade contratual, a liberdade empresarial, a liberdade de mercado e, como corolário dessas, a autonomia da vontade ou a liberdade individual, em particular para pactuar a venda da força de trabalho com os proprietários dos meios de produção e intercâmbio. A partir disso, o Estado cumpre a função auxiliar e instrumental, cuidadosamente delimitada por um sistema jurídico, para a garantia, inclusive armada, dessas liberdades.

Nesse aspecto, a liberdade burguesa se garante mediante a lei e apenas aquelas decisões, ações e normas que estejam compreendidas dentro desse modo burguês de realização da realidade humana, que não é outro senão o modo de realização do capital, serão válidas. Dentro disso, a Constituição emerge como a lei fundamental e estabelece a judicialização de toda solução a conflitos sociais. A chamada independência judicial para a realização dessa função sempre está delimitada, para validar suas decisões, pela norma ou regra estabelecida de antemão pelo Estado burguês de direito.

Já é hora de entender que a desigualdade e a discriminação de fato são circunstanciais ao Estado Burguês de Direito e a sua Constituição. Ambos são determinados por um fato econômico-político fundante que serve de matriz a toda sua normativa, embora se pretenda invisível: a dominação e a reprodução contínua e ampliada do capital. Diferentemente do que postula Kelsen, não existe uma *Grundnorm* deslocada da história.

Todo Estado de Direito depende, em última instância, de um acontecimento que o fundamente, isto é, um fato de força, um fato constitutivo que é expressão de um novo bloco histórico de forças. Nisto reside a matriz material constitutiva para a fundação e refundação de toda organização política, econômica e social. Mesmo no caso dessa vertente do Estado burguês que é o Estado social ou de bem-estar, este tão somente assumiu conjuntamente uma função reguladora da economia política capitalismo como parte de um acordo político e social conciliador entre as classes, que nunca chegou a representar a fundo uma impugnação sistêmica, apesar do avanço de reformas redistributivas e igualitárias que se deram em seu interior. São as mesmas que hoje vão sendo erradicadas no seio dessa nova experiência de Estado burguês: o Estado neoliberal de subsunção real e total.

V. A duas caras do *constitucionalismo societal*

Há quem postule a crescente obsolescência do modelo constitucional liberal para garantir a necessária integração e controle social no modelo capitalista de produção e dominação (SCIULLI, 1992). Frente a essa multiplicação de fontes materiais para a prescrição normativa, tem se evidenciado a existência de uma nova ordem material do capital e o conseqüente surgimento do que se classifica como *constitucionalismo societal*, expressivo de impulsos contraditórios de mudança e cujos protagonistas estão geralmente situados além dos estados. Por *constitucionalismo societal* se entende o processo social constitutivo que caracteriza a prescrição normativa sob a economia política capitalista nesse novo período de expansão e internacionalização do capital conhecido como globalização. Trata-se da normativa produzida por corporações multinacionais ou transnacionais, pelos entes públicos, isto é, os ministérios de Economia e Finanças, os bancos centrais e as organizações internacionais reguladoras como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BM) e a Organização Mundial do Comércio (OMC). Segundo Günther Teubner, estes estão cada vez mais divorciados do Estado-Nação e de seus processos de prescrição normativa e de solução de conflitos. Isto decorre da fragmentação que ocorreu nas sociedades, o que potencializa uma automatização crescente, ou, caso se prefira, atomização de seus componentes sociais, com a conseqüente ruptura do vínculo comum que servia de substrato ao Estado (TEUBNER, 2004).

Teubner pontua que o estabelecimento de outras normativas a partir de processos constitutivos, não mais nacionais, mas globais ou transnacionais, impulsionou a demanda por

um constitucionalismo independente do direito constitucional estadocêntrico. Embora se considere tradicionalmente que os processos constitucionais são estadocêntricos, existe hoje uma tendência de se considerar que seus processos constitutivos abarcam toda a totalidade da sociedade, sem a necessidade de requerer atores coletivos no sentido do soberano popular ou o poder constituinte, em seu sentido clássico. Inclusive, de acordo com este, o *constitucionalismo societal* trata a possibilidade real de um constitucionalismo desvinculado do Estado ou de uma multiplicidade de constituições civis ou privadas, com efetividade tanto nacional, quanto mundial, produto de sujeitos majoritariamente desnacionalizados em seus interesses que, portanto, já não se sentem representados pelo Estado-Nação e sua Constituição a partir de sua nova identidade transnacional ou global (TEUBNER, 2012). Isto conduz à coexistência imperativa dos Estados com seus novos atores globais para a efetiva governança das relações econômicas internacionais.

No fundo, toda sociedade se caracteriza, cada vez mais abertamente, não só pela pluralidade jurídica e normativa em geral, composta por uma constelação de sistemas ou modos autônomos de normatividade para além do Estados, mas como parte desta, também está definida por uma pluralidade constitutiva, a qual, ao fim e ao cabo, caracteriza toda Constituição como representativa de dada ordem material. Como tal, toda Constituição é fecundada permanentemente por múltiplos contextos e a partir de uma pluralidade de sujeitos com capacidade autônoma para a produção de normas.

Para Teubner, o *constitucionalismo societal* é a regulação desse processo global preexistente para limitar seus efeitos negativos, em especial os desestabilizadores do funcionamento ordenado da economia global. Vemos claramente um exemplo desse *constitucionalismo societal* privatizador dos processos de produção normativa e de solução de conflitos nos termos propostos pelo capital para o reconhecimento e vigência de novas regras para a regulação de suas atividades econômicas transnacionais, consignadas nos projetos secretos do Acordo Transpacífico de Cooperação Econômica (*Trans-Pacific Partnership* - TPP), do Acordo Transatlântico para Comércio e Investimento (*Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership* - TTIP), do Acordo de Comércio de Serviços (*Trade in Services Agreement* - TISA)⁴, entre outros. Com as negociações internacionais que precederam a aprovação desses tratados, desenvolvidos no mais absoluto sigilo, pretende-se ao menos conferir a aparência de que foram submetidos a controles regulatórios para evitar os efeitos

⁴ Nota da tradutora: as expressões em inglês não constam na versão original do artigo e foram incluídas para facilitação da compreensão dos documentos em questão, cuja nomenclatura é amplamente difundida em língua inglesa.

negativos que podem resultar de sua eventual implementação. Teubner conclui instituindo que o grande desafio é retirar esses impulsos normativos autônomos de seu atual estado de latência, melhorando efetivamente o curso real que está tomando o constitucionalismo na sociedade contemporânea e, assim, influenciando a direção a seguir. Trata-se, em última instância, de validar a governança plena do capital.

Contudo, Teubner se esquece que o capital é no fundo uma relação social na qual suas atuais estratégias de dominação enfrentam, como no passado, impulsos rebeldes que sustentam outras possibilidades constitutivas como, por exemplo, o representado pelo chamado novo constitucionalismo latino-americano. Ante o esgotamento das possibilidades do constitucionalismo liberal e da intensificação das lutas de todos os tipos contra a reordenação neoliberal que tem se imposto desde meados da década de setenta, testemunha-se o nascimento de um novo processo constitucional constitutivo. Este propõe não apenas distanciar-se do marco constitucional liberal, como construir alternativamente novos sentidos enraizados na potencialização de uma nova esfera do comum, para além das esferas privada e pública em torno das quais o constitucionalismo tem girado até agora.

O novo constitucionalismo latino-americano representa não só a oportunidade para explorar outra forma de organizar a governança e a regulação social, senão, sobretudo, o desafio de fazê-lo de modo tal que vá além do horizonte limitado do Estado Burguês de Direito para criar raízes na vida social crescente autônoma frente a este. Trata-se de potencializar a plena realização do constitucionalismo mediante sua socialização ou, para ser mais preciso, sua comunalização. Estamos, no fundo, ante outra vertente histórica do *constitucionalismo societal*. Para ser mais preciso, trata-se de um *constitucionalismo comunal* representativo de uma nova possibilidade: a construção de espaços comuns e plurais de produção, decisão e vida além das lógicas estatais trituradoras de subsunção real e total. Isto introduz uma nova espacialidade estendida, que valoriza o local e o singular, particularmente no contexto comunitário, em suas múltiplas manifestações. Trata-se da *potentia* do *potestas constituta* para revolucionar as relações sociais e de poder a partir do local, que é de onde se implantam, desenvolvem e reproduzem, primeiramente, os efeitos reais de qualquer poder constitutivo.

A dialética desse *constitucionalismo comunal* não só se manifesta como *potentia* no seio daqueles estados que, como Venezuela, Bolívia e Equador, foram os principais protagonistas do chamado novo constitucionalismo latino-americano. A autonomização progressiva dos processos constitutivos e sua desvinculação crescente do Estado e seu direito,

nos obrigam a aquilatar também processos que almejam a construção, a partir de baixo, de outras estruturas de poder e de produção normativa, como por exemplo, as representadas pelos “*caracoles*” ou as Juntas de Bom Governo organizadas pelo Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN) em Chiapas (México), o que inclui seu próprio sistema de administração de justiça alheio à forma jurídico-burguesa. Ademais, ante a crescente crise de legitimidade que assola o governo mexicano, surge um movimento social e comunal que tem promovido ativamente a demanda a favor da convocação de uma Constituição Cidadã-Popular. A iniciativa popular fundamenta-se no artigo 39 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, o qual estabelece: “A soberania nacional reside essencial e originariamente no povo e se institui em benefício desse. O povo tem, todo tempo, o inalienável direito de alterar ou modificar a forma de seu governo”. Estamos aqui diante da afirmação dessa outra soberania, própria do *constitucionalismo comunal*: a soberania comunitária. Eis aí, insisto, a nova possibilidade histórica: o reconhecimento de toda a sociedade como fonte de uma pluralidade de processos constitutivos independentes da ordem constitucional estadocêntrica.

Claramente, devemos evitar sucumbir à miragem do que o local é o todo. Não podemos esquecer que o capitalismo é a uma totalidade social que busca impor suas lógicas de dominação do local ao global. Para que a forma-comunidade realize sua *potentia* transcapitalista, deve pensar-se e assumir-se a partir de uma perspectiva igualmente expansiva e integral. O local constitui um campo de luta e transformação para promover e instituir um modo alternativo de sociedade e de mundo.

A revolução é um processo constitutivo do novo e não meramente de negação ou destruição do velho, pelo que resulta imperativo que rompamos definitivamente com a ideia que até agora se tem do constitucionalismo como um processo estadocêntrico com um sentido unitário. É preciso encaminhar-se para formas mais comunitárias e plurais de poder político e prescrição normativa. Nas novas comunidades e comunas está o embrião empiricamente comprovado de uma nova possibilidade transformadora, tanto sistemática como civilizatória.

E o fato é que a aposta pelo comum não trata, em última instância, de tomar o Estado existente, mas de transformá-lo progressivamente, afastar-se para finalmente romper com ele enquanto modo hegemônico de regulação e governança sobre nossa vida em comum. A esquerda não pode seguir assumindo a função de aperfeiçoamento do Estado e do direito herdados sem que termine aprisionada por suas lógicas reprodutoras. No processo, ao invés de

construir os seus próprios Estado e direito, somente se desgasta ao tentar corrigir os defeitos sistêmicos do capital, o que, por mais que se busque, não tem saída.

Referências

- BOSTEELS, Bruno. Estado, comuna, comunidad. **Revista Boliviana de Investigación**, Vol. 11, n.º 1, 2014.
- CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible**. Madrid: Tecnos, 1974.
- CHÁVEZ FRÍAS, Hugo. **Golpe de timón**. Caracas: Ediciones Correo del Orinoco, 2012.
- GARCÍA LINERA, Álvaro. **Forma valor y forma comunidad**. La Paz: Clacso-Muela del Diablo-Comuna, 2009.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Assembly**. New York: Oxford University Press, 2017.
- MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- NEGRI, Antonio. **El poder constituyente**. Madrid: Libertarias/Prodhufo, 1994.
- _____. **La forma-Estado**. Madrid: Akal, 2003.
- NOGUERA, Albert; NAVAS, Marco. **Los nuevos derechos de participación en Ecuador, ¿Derechos constituyentes o derechos constitucionales?** Estudio del modelo constitucional de 2008. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.
- PASHUKANIS, Eugeny. **La teoría general del derecho y del marxismo**. México, D.F.: Grijalbo, 1976.
- REISMAN, W. Michael. Law from the Policy Perspective. In: WEISSTUB, David (ed.). **Law and Policy**. Toronto: Osgoode Hall Law School, York University, 1976.
- RIVERA LUGO, Carlos. La soberanía comunitaria. **Claridad**. San Juan de Puerto Rico: Editorial Claridad, 2010. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=112198>>.
- RIVERA LUGO, Carlos. **¡Ni una vida más para el Derecho!** Reflexiones sobre la crisis actual de la forma-jurídica. Aguascalientes/San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2014.
- RIVERA LUGO, Carlos; CORREAS VÁZQUEZ, Oscar. **El comunismo jurídico**. México, D.F.: CEIICH-UNAM, 2013.
- RODATÀ, Stefano. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no-derecho**. Madrid: Trotta, 2010.
- RUBIO CARRACEDO, José. **Paradigmas de la política**. Barcelona: Anthropos, 1990.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: IIDS, 2010.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SERRANO MANCILLA, Alfredo. **El pensamiento económico de Hugo Chávez**. Caracas: Vadell, 2015.

SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

TEUBNER, Günther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory. In: AA. VV. **Constitutionalism and Transnational Governance**. Oxford: Hart Publishing, 2004.

_____. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.