

## ELEMENTOS TEÓRICOS PARA UMA SOCIOLOGIA CONSTITUCIONAL CRÍTICA

*Lucas Machado Fagundes<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O cenário do constitucionalismo democrático atualmente, visto desde categorias críticas no pensamento jurídico contemporâneo, é representado por contradições entre a normatividade estruturada e a práxis constitucional. Ao mesmo tempo em que emergiam constituições munidas de estruturas normativas transformadoras, também nascia uma política econômica determinada a devastar e desarmar qualquer possibilidade de realização de uma democracia social substancial. Assim, formou-se uma prática constitucional problematizada entre as transformações neoliberais no constitucionalismo transformador, em que os preceitos constitucionais de realização da democracia social substancial foram sendo despotencializados do seu perfil social, seja por reformas constitucionais, seja por decisões judiciais das cortes constitucionais. Logo, a hipótese deste estudo é que para a compreensão deste fenômeno faz-se necessário categorias adequadas para possibilitar uma leitura crítica. Dessa forma, por meio de uma pesquisa bibliográfica de perfil crítico, se deduziu os resultados das experiências concretas das reformas constitucionais que descaracterizam o perfil transformador do constitucionalismo democrático. Portanto, o objetivo é possibilitar elementos reflexivos para as análises críticas das contradições do constitucionalismo no contexto de uma sociedade dominada pela hegemonia política neoliberal.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo democrático; Neoliberalismo, pensamento jurídico crítico.

**ABSTRACT:** The current scenario of democratic constitutionalism, seen from the critical categories of contemporary legal thought, is represented by contradictions between structured normativity and constitutional praxis. At the same time that constitutions equipped with transformative normative structures were emerging, an economic policy determined to devastate and disarm any possibility of achieving a substantial social democracy was also born. Thus, a problematized constitutional practice was formed between the neoliberal transformations in transformative constitutionalism, in which the constitutional precepts of achieving substantial social democracy were being de-potentiated from their social profile, either by constitutional reforms or by judicial decisions of constitutional courts. Therefore, the hypothesis of this study is that in order to understand this phenomenon, adequate categories are necessary to enable a critical reading. Thus, through a critical bibliographical research, the

---

<sup>1</sup> É pós-doutor em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2018). Doutor (2015) e Mestre (2011) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor e pesquisador (colaborador) em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luis de Potosí, México. Professor (colaborador) da Maestría en Derechos Humanos y Gobernanza - Universidad Cooperativa de Colômbia. Supervisor de disciplinas jurídicas Uniasselvi. Pesquisador CLACSO (Conselho Latino-americano de Ciências Sociais). Professor PPG em Direito (Mestrado e Doutorado) da Unilasalle. Advogado.

results of the concrete experiences of constitutional reforms that distort the transformative profile of democratic constitutionalism were deduced. Therefore, the objective is to provide reflective elements for critical analyses of the contradictions of constitutionalism in the context of a society dominated by neoliberal political hegemony.

**Keywords:** Democratic constitutionalism; Neoliberalism, critical legal thought.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde o aparecimento do Estado constitucional moderno a doutrina jurídica do Direito Constitucional passa a refletir sobre as convergências e divergências entre instituições constitucionais, democracia e relações sociais. Alguns destes estudos dão atenção para um tipo de práxis constitucional, observando os efeitos da normatividade na realidade social e enfatizado como se dá a busca pela “eficiência” jurídica do constitucionalismo.

Assim sendo, é imperioso destacar que a tríade (Estado, Constitucionalismo e Democracia) representa uma abertura para a densidade e complexidade do debate sociojurídico que envolve as transformações das sociedades nas últimas décadas, incorporando-se ao debate as inerentes contradições entre o discurso e a prática jurídica na realidade social de desigualdades socioeconômicas.

Tendo isso em vista, a temática central desta exposição é a Sociologia Constitucional Crítica, que evidencia outros vieses de fundamentação, problematizando as relações entre Sociologia e Direito e abrindo condições de possibilidade para uma reflexão crítica dos discursos do constitucionalismo moderno ou contemporâneo no tocante aos seus fundamentos reduzidos ao formalismo normativo ou mesmo idealismo jurídico.

Isso se dá a partir da necessidade de ferramentas teóricas que possibilitem uma leitura avançada sobre o problema do isolamento jurídico das doutrinas constitucionais clássicas e sua arquitetura erigida para concretizar o afastamento das relações políticas democráticas substanciais em relação ao campo normativo-jurídico-formal. A questão inquietante nas posturas tradicionais são as constantes ingerências antidemocráticas, oligárquicas, financeiras, enfim, fetichizadas nos termos da realização constitucional; ou seja, operações no sentido de promover reformas significativas no campo dos direitos ou então mutações dos enunciados e garantias constitucionais em benefício de alguns setores privados e privilegiados na sociedade.

Dessa maneira, a ideia de uma Sociologia Constitucional crítica parte da hipótese do caráter de recuperação da politização democrática das esferas constitucionais como um importante passo para afirmação da constituição como lastro jurídico de luta aos amplos setores populares. Em termos, um pressuposto forte que emerge das contradições entre Constitucionalismo democrático e economia política excludente.

Por esta razão, este texto é uma revisão teórico conceitual das principais categorias constitucionais críticas sobre a Sociologia Constitucional contemporânea. Dessa forma, objetiva-se, potencializar os elementos chave para a compreensão avançada sobre o papel e mesmo sentido do Constitucionalismo na realidade do Século XXI, em que se observa um forte avanço das oligarquias financeiras especulativas sobre os direitos de amplos setores sociais que vivem da sua própria força de trabalho.

O termo Sociologia Constitucional refere-se às possibilidades de exploração investigativa crítica da relação Estado-Constitucionalismo-Democracia observados desde a realidade social, vinculando necessariamente os fundamentos teóricos com a efetividade prática no sentido de contribuir para o avanço dos sistemas constitucionais no século XXI.

Portanto, o constitucionalismo deve ser contextualizado desde a realidade sócio-histórica que pretende organizar, sem, no entanto, esquecer-se que o movimento constitucional moderno corresponde a totalidade da forma política capitalista desde as suas origens, ocupando ao longo dos séculos diferentes sentidos e papéis. Isto posto, ganha significado às pesquisas sobre o impacto do funcionamento dos sistemas constitucionais, o efeito dos instrumentos e das decisões na seara constitucional, o papel dos mecanismos constitucionais em uma sociedade democrática complexa em constante mudança e a comparação entre institutos para eficácia constitucional, ou seja, interessa a práxis constitucional.

## **2. CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO: CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS AO TEMA**

O marco teórico de referência é o constitucionalismo crítico, compreendido como a democratização substancial da esfera constitucional, a partir da recuperação da sua relação com as esferas políticas (no caso da América Latina, sociopolíticas) e com a restituição de categorias políticas da realidade histórica concreta, entre as quais se destacam a vontade de soberania do povo reinterpretada a partir das contingências socioeconômicas e da globocolonialidade do

poder, fatores estes que bloqueiam a realização concreta e satisfatória da normatividade constitucional (evidentemente que do bloqueiam em benefícios dos setores populares, afinal é a tarefa primordial do neoliberalismo).

Tal teoria de base possibilita uma interpretação crítica que progressivamente analisa a separação entre o constitucionalismo (como teoria normativa) e a democracia substancial (WOOD, 2003), identificando que ambos correspondem a uma realidade histórica marcada pela sobreposição dos procedimentos de legalização sobre as lutas legítimas pela transformação das mazelas sociais. Logo, a recuperação do debate político no constitucionalismo corresponde à busca da sua potencialidade como arma de libertação, analisando as categorias e os elementos que possam indicar uma leitura crítica do fenômeno, contextualizado desde uma realidade concreta da periferia dos centros hegemônicos de poder.

O pensamento constitucional crítico considera que as estruturas hegemônicas do pensamento jurídico em geral absolutizou o constitucionalismo, desconectando da realidade sociopolítica, tornando-o um sistema de validação como norma universal (elaborada desde uma realidade específica) servindo de parâmetro para análises em outras realidades, só que desconsiderando as matrizes destas (BERCOVICI, 2004a, pp. 5-24). Levando isto em conta, ao ser universalizado o conceito de constituição pelas doutrinas constitucionais, as mesmas promoveram junto o seu caráter a-histórico e encobriram outras historicidades que não seguem os arquétipos da narrativa do constitucionalismo moderno.

Frente a isto, a demanda pós-segunda guerra norte-europeia, fez emergir um sentido de constituição baseado na alta carga normativa do fenômeno, seja no âmbito da ideia de supremacia da constituição ou então na lógica do protagonismo do Tribunal Constitucional, ambas sedimentadas na perspectiva da hierarquização da carta constitucional. Ao mesmo tempo, em nível de América Latina, os setores políticos alinhados com a destruição das ferramentas democráticas do Estado, passaram a usar os instrumentos legislativos para impor reformas constitucionais que paulatinamente vão desestruturando os elementos que poderiam servir de lastro jurídico para lutas populares.

Logo, torna-se importante explorar abaixo as teses de crítica constitucional que auxiliam em uma reflexão para a transformação da realidade normativa constitucional,

conduzindo à politização da esfera constitucional em favor dos setores populares, ou seja, de uma democracia substancial como resistência a ofensiva do neoliberalismo.

### **3. A CRITICIDADE POTENCIALIZADORA DA CONSTITUIÇÃO SIMBÓLICA**

O jurista brasileiro Marcelo Neves aposta sua crítica constitucional na problematização desde a realidade periférica, no tema da Constitucionalização Simbólica (NEVES, 2011). A abordagem de tal teoria é contemplada pela entendimento sócio-político dos textos constitucionais em relação inversa com a sua concretização normativo-jurídica, ou seja, Marcelo Neves aborda uma forte contradição entre o que chama de hipertrofia simbólica e a insuficiente concretização da constituição (NEVES, 2011); assim, a ideia da constitucionalização simbólica perpassa a “supercomplexidade social” em convivência com a falta de autonomia jurídica, o que pode aqui ser assumido desde as próprias teorias de base, como um bloqueio.

Em apertada síntese, a abordagem de Neves aposta na reflexão crítica desde a contradição entre direito e a realidade (direito numa função hipertróficamente simbólica e a realidade numa ineficácia normativa-jurídica não concretizada).

Por isso, a Constituição Simbólica trata-se:

[...] o problema do funcionamento hipertróficamente político-ideológico da atividade e do texto constitucionais atinge as vigas mestras do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais, nem na conduta e expectativas da população. Mas é sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, que implica a generalização do código ‘lícito/ilícito’, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico, que se caracterizará de forma mais clara a constitucionalização simbólica. Pode-se afirmar que, ao contrário da generalização do Direito que decorreria do princípio da igualdade, proclamado simbólico-ideologicamente na Constituição, a “realidade constitucional” é então particularista, inclusive no que concerne à prática dos órgãos estatais. Ao texto constitucional simbolicamente includente contrapõe-se a “realidade constitucional” excludente (NEVES, 1996, p. 327).

Essa Constituição Simbólica tem como requisito a chamada concretização desconstitucionalizante<sup>2</sup>, que em termos de tarefa política serve para: “[...] a permanência das estruturas reais de poder, em desacordo com o modelo textual de Constituição, cuja a efetivação relevante importaria profundas transformações sociais.” (NEVES, 1996, p. 324) . Claro que esta tarefa política é possibilitada por uma constituição nominalista<sup>3</sup>.

Essa desconstitucionalização fática, é uma das manifestações de politização desconstitucionalizantes antidemocrática (pensando em democracia como ruptura da injustiça social produzida pela forma estatal oriunda da economia política); bem como se expressa por “bloqueios” à normatividade-jurídica constitucional concretizadas por meio das intromissões políticas dos variados setores de pressão, especialmente os econômicos financeiros. (NEVES, 1996, p. 326)

Portanto, para Marcelo Neves a ideia de Desconstitucionalização significa essa discrepância entre o dado normativamente e a descarada operacionalidade institucional em desfavor da própria realização normativa-jurídica da constituição. Posto dessa maneira, Neves destaca a necessidade de oposição ao constitucionalismo nominalista por um constitucionalismo normativo<sup>4</sup> como: “[...] modelo das ‘Constituições normativas’, definidas como aquelas que regulam relevantemente as relações reais de poder.” (NEVES, 1996, p. 322); apostando, então, na práxis constitucional para a mobilização sociopolítica desde o Constitucionalismo Simbólico:

---

<sup>2</sup> A desconstitucionalização significa, pois, a desjuridicização pela fragilidade do código jurídico na sua incapacidade de generalização congruente e a falta de autonomia/identidade consistente de uma esfera de juridicidade. [...] Quando ocorre, porém, concretização desconstitucionalizante, não há uma relação consistente entre texto e atividades concretizantes. O texto constitucional é uma referência distante dos agentes estatais e cidadãos, cuja práxis desenvolve-se freqüentemente à margem do modelo textual de Constituição. NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996, p. 323.

<sup>3</sup> “Una constitución podrá ser jurídicamente válida, pero si la dinámica, del proceso político no se adapta a sus normas, la constitución carece de realidad existencial. En este caso, cabe calificar a dicha constitución de nominal.” LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Colección Demos. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 218.

<sup>4</sup> “[...] práxis constitucional não-vinculada à atividade de interpretação/aplicação normativa. A maneira como se desenvolvem concretamente as relações básicas de poder, como atuam os órgãos estatais supremos, como se relacionam os cidadãos com o Estado e entre si podem implicar transformações constitucionais relevantes.” NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996, p. 322.

**ISSN: 1982-4858 (Qualis A4 – quadriênio 2017-2020)**

[...] o contexto da constitucionalização simbólica proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos valores proclamados solenemente no texto constitucional e, portanto, integrados na luta política pela ampliação da cidadania. Assim sendo, é possível a construção de uma esfera pública pluralista que, embora restrita, tenha capacidade de articular-se com êxito mediante os procedimentos democráticos previstos no texto constitucional. (NEVES, 1996, p. 328)

Por essa razão, desde a ideia do constitucionalismo simbólico e em especial da potencialidade de outra práxis constitucional, é possível romper criticamente com a ilusão das clássicas doutrinas constitucionais que descansam politicamente no momento pós-constituinte, olvidando-se que a normatividade constitucional ensejada no processo constituinte precisa da realização política-normativa. Trata-se aqui de uma postura não severamente anti-institucional, mas como crítica do próprio padrão institucional quando este por meio do simbolismo constitucional pratica o que Neves chamou de bloqueio constitucional que privilegia os setores da economia política financeira em detrimento da realização democrático igualitária desde a materialidade das necessidades dos sujeitos populares.

Dessa forma, o próximo tópico dá sequência nessa revisão sobre os termos da política crítica do constitucionalismo, avançando desde elementos que possam ampliar os cânones interpretativos e mesmo limitativos do entendimento do que significa uma ordem constitucional democrática como normatividade jurídico-política democratizante e não meramente democratizada legalmente pelo formalismo de um texto constitucional. Nas palavras de Karl Loewenstein (1976, p. 214), se deve perceber que a constituição escrita pode na contemporaneidade ser um “cômodo disfarce” para instalar a concentração do poder, privando a Constituição de “institucionalizar a distribuição do exercício do poder político.”

#### **4. POLÍTICA CONSTITUCIONAL, CONSTITUIÇÃO E POLÍTICA: ELEMENTOS DE CRITICIDADE**

Para Gilberto Bercovici (2004a) dois problemas aparecem no campo da teoria constitucional, um relacionado ao fato da jurisdição constitucional tornar-se a última razão da garantia da normatividade, formando o constitucionalismo jurisprudencial e, o segundo problema é o protagonismo do Tribunal Constitucional como seu senhor da Constituição, invertendo assim a perspectiva de guarda da constituição pela de “assenhoreamento” da mesma; isso pode ser refletido na faceta do ativismo judicial como máxima manifestação da política

constitucional nacional que tem em sua última expressão o “Estado de coisas inconstitucionais” (CAMPOS, 2016).

Sobre este segundo problema em especial e ao mesmo tempo relacionado ao primeiro, encontra-se na ingerência do Tribunal Constitucional o assunto do Poder Constituinte (BERCOVICI, 2004a), isso é realizado com naturalidade no constitucionalismo nacional pelo fato da doutrina afastar paulatinamente questões do poder constituinte para margens da fronteira política do constitucionalismo, afinal o poder constituinte é visto pelas doutrinas constitucionais como um tema extrajurídico, desprovido de categorias jurídicas próprias<sup>5</sup>. De tal modo, constitui-se uma fronteira da política com a constituição sobre as quais é erguido um muro para bloquear a passagem e o desenvolvimento de categorias “alheias” à compreensão normativa da própria constituição.

Na seara do pensamento crítico de Gilberto Bercovici, as duas afirmações acima podem ser resumidas da seguinte forma: o Estado constitucional operaria na potencialização da supremacia da constituição pelo Tribunal Constitucional somado ao poder constituinte não ser considerado como uma categoria eminentemente constitucional, senão reduzida ao exercício indireto como exemplo do caso brasileiro<sup>6</sup> como uma ideia operativa (BERCOVICI, 2004b).

Frente a este cenário, a teoria do constitucionalismo crítico é fundamentada na materialidade do constitucionalismo, pois isso possibilita a politização do conceito de constituição, não se limitando apenas ao teor normativo e ampliando os cânones de fundamentação e interpretação. Aqui vale referir que o problema das teorias constitucionais como Garantismo constitucional, Dirigismo constitucional e Neoconstitucionalismo seguem de certa forma apostando em uma constituição “despolitizada” e com alta carga normativa, ou ainda na melhor das hipóteses como estratégia de contenção de danos advindos da intromissão econômico-político capitalista.

Logo, vale recordar o pensamento de Antonio Carlos Wolkmer quando diz que:

[...] a Constituição não deve ser uma matriz geradora de processos políticos, mas, ao contrário, uma resultante de correlações de forças em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade. Enquanto pacto político, Constituição expressa um

<sup>5</sup> Na melhor das hipóteses as categorias jurídicas do Direito Natural.

<sup>6</sup> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. **BRASIL**. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

poder ideológico que se legitima pela natureza do compromisso e da conciliação.  
(WOLKMER, 1989, p. 13)

Por conseguinte, a ideia da materialidade constitucional não deve ser confundida com os quesitos materiais de um texto constitucional (organização do Estado, dos poderes e um rol de direitos e garantias fundamentais), mas sim como processo que permite reconectar a constituição com a realidade social e política (BERCOVICI, 2004a), assim o movimento do constitucionalismo vai da teoria da constituição como compreensão estritamente normativa para a teoria do constitucionalismo como pensamento constitucional reorientado e reposicionado na reflexão de temas políticos relevantes para uma sociedade democrática. (BERCOVICI, 2004a)

A questão central é a que segue: o constitucionalismo crítico disputa outro sentido da constituição, pois o cânone normativo e mesmo o idealista encerra temas essenciais da realidade concreta em um rol de enunciados e princípios fundamentais operados através da interpretação unilateral de um Tribunal Constitucional. Ao canonizar esse sentido da constituição acaba hegemonizando um conceito unívoco, e a constituição deixa de ser uma matriz articuladora de poderes para transformar-se em delimitadora de temas sensíveis para evolução das instituições e dos interesses de grupos sociais vulneráveis.

Isso implica dizer que existem campos e categorias políticas que permitem a derrubada do muro ideológico da doutrina constitucional, entre as quais a ideia de democracia, reduzida ao proceduralismo periódico eletivo e de legitimação formal legislativa. A importância de recuperar o sentido de categorias como a democracia política para o constitucionalismo implica na instrumentalidade para a derrubada mencionada, esse movimento pode ser construído desde a ideia de que a “[...] legitimidade da Constituição está vinculada ao povo e o povo é uma realidade concreta”. (BERCOVICI, 2004a, p. 23)

Assim sendo, ao recuperar o sentido mais amplo de democracia em contraposição ao sentido de princípio democrático constitucional meramente enunciativo, o jurista da Universidade de São Paulo menciona especificamente a força política real que fundamenta a normatividade constitucional, manifestada no poder constituinte:

O poder constituinte refere-se ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista ou à norma fundamental pressuposta, pois diz respeito à força e autoridade do povo para estabelecer a Constituição com pretensão normativa, para mantê-la e revogá-la. O

poder constituinte não se limita a estabelecer a Constituição, mas tem existência permanente, pois dele deriva a própria força normativa da Constituição. (BERCOVICI, 2004a, p. 22)

Nessa linha, o autor desloca a sede originária da vontade do povo para além de um enunciado de princípios fundamentais que estruturam o Estado, pois vai à exterioridade da totalidade normativa do texto constitucional para consolidar a vontade do povo como vontade de vida, como capacidade política ativa que é provocada desde uma realidade histórica concreta. Nos termos da sociologia jurídica crítica, anteriormente mencionada, desloca também a vontade de poder como dominação para a vontade de vida como critério-fonte do poder constituinte.

Isto deve ser explicitado no sentido de que a fundamentação do Direito não é somente uma estrutura naturalista idealizada por pensadores iluministas, esta ideia deve ser subsumida junto à perspectiva de que gênese do Direito material como conteúdo normativo de uma Constituição e de um Estado constitucional democrático é a capacidade intersubjetiva dos sujeitos históricos em dada realidade concreta, quando estes se dão conta de que a situação em que vivem (negação das capacidades de produzir, reproduzir e desenvolver a vida) não é mais suportável em um sistema econômico político excludente e, portanto, consideram legítima a construção a partir de um consenso crítico intersubjetivo de contestação e denúncia do sistema vigente.

Tal estrutura pode ser lida por meio da capacidade instituinte em operar por ações políticas estratégicas que consolidam a partir do referido consenso uma institucionalidade na esfera material como poder constituinte de transformação do sistema de direito.

Portanto, os iusnaturalismos eurocêntricos em realidades históricas como a latino-americana fazem parte do discurso de colonialidade do poder, do saber e do ser<sup>7</sup>, ao passo que as condições concretas de vida (sociais e econômicas) fazem com que o sujeito possa despertar a consciência crítica para a condição de não ser um direito a condição de viver explorado na miséria; essa consciência crítica é um critério-fonte contra o sistema vigente injusto (jurídico e administrativo do Estado) e mesmo um elemento político considerável.

---

<sup>7</sup> Sobre o tema: MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón. **El giro decolonial:** reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007,

Na mesma linha de reflexão e de certa forma delimitando os efeitos desse raciocínio constitucional, Gilberto Bercovici (2204a) levanta algumas problemáticas em torno do contexto concreto sobre o qual pensar o tema, entre as quais: *a) a globalização diminuiu os espaços políticos*: ausência cada vez maior do elemento democrático como justificador da legitimidade; *b) o constitucionalismo foi reduzido à instrumentalização processual*; *c) o constitucionalismo foi reduzido ao “positivismo jurisprudencial”*. Logo, a hipótese que apresenta este autor é a seguinte: “A Teoria da Constituição deve ser entendida na lógica das situações concretas históricas de cada país, integrando em um sistema unitário a realidade histórico-política e a realidade jurídica”. (BERCOVICI, 2004a, p. 22)

Emerge assim duas propostas que são apresentadas no âmbito do Constitucionalismo Crítico: *1) recuperar a capacidade constituinte* ou o poder constituinte com referência ao povo real, não ao idealismo jusnaturalista dirá o autor (BERCOVICI, 2004a, p. 22); e *2) reorientar o pensamento constitucional para a reflexão sobre conteúdos políticos*, logo o autor explica:

Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas. A Constituição não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas. A política deve ser levada em consideração para a própria manutenção dos fundamentos constitucionais. Na feliz expressão de Dieter Grimm, a Constituição é resultante e determinante da política. (BERCOVICI, 2004a, p. 24)

Se o sistema vigente oferece uma realidade injusta e legitima um sistema jurídico que impede amplos setores de produzir e reproduzir a vida em concreto, o sistema constitucional principlógico se transforma em um discurso retórico e inócuo, não se pode falar em qualquer grau de democracia substancial sem uma incessante busca por igualdade material de acesso e fruição dos bens necessários ao critério-fonte da vida.

Tendo isto em conta, cabe referir que o bloqueio doutrinário na recuperação do poder constituinte, ao desconsiderá-lo como categoria jurídica, se dá pelo fato de que a ideia de juridicidade é eminentemente formal e por conta disso esvaziada de conteúdos ontológicos, talvez por isso fundamentada em discursos metafísicos e; correlato a isso o fato de que na exterioridade do fenômeno jurídico as categorias que operam uma ordem histórica concreta estruturada são na maioria das vezes catalogadas como antecedentes ou fundamentações jusnaturalistas e não como capacidades jurídicas concretas de elaborar conscientemente

consensos e instituições políticas que fundam um poder constituinte transformador do status quo dominante.

Em razão disso, a busca do constitucionalismo crítico visa à natureza extrajurídica do poder constituinte na opinião de Gilberto Bercovici (2013, p. 308), com a devida vénia ao jurista e no sentido de ampliar as suas categorias críticas, comprehende-se que o poder constituinte possui uma natureza jurídica, só que fundamentada com categorias externas a totalidade constitucional constituída. Ora, existe um conteúdo concreto e material (instituinte) na insurgência político-crítica das intersubjetividades rebeladas contra o sistema injusto, no nível da ação política estratégica dos movimentos sociais deve ser considerada a luta pelo direito de não ser mais explorados e inviabilizados (invisibilizados) no acesso aos meios de vida (aqui já um conteúdo jurídico concreto, não iusnaturalista metafísico).

Tal conteúdo jurídico é um poder instituinte que se consolida como materialidade normativa concreta. Nesse sentido, o jurista mexicano Jesús Antonio De la Torre Rangel recorda que não se trata da negação do fato de que o direito também seja lei, pois este também está atravessado por outros conteúdos conectados diretamente com a vida dos povos. Trata-se da luta política daqueles que em condição de negatividade frente ao sistema estatal organizam e instituem outros direitos, nas palavras do próprio autor:

[...] el Estado no es la única fuente de producción de lo jurídico. Los usos y costumbres, los principios generales del Derecho, la realidad misma, naturaleza e historia, del ser humano y de las cosas, produce juridicidad. **El Derecho nace del pueblo;** de las relaciones interhumanas, de las luchas y reivindicaciones de diversos colectivos [...]. (DE LA TORRE, 1986, p. 40)

Na sequência o consenso crítico destes sujeitos concretos (vivos) assume uma institucionalidade para tomada de decisões, quiçá aqui se visualiza outro tipo de materialidade (constituinte) como espaço de construção da nova ordem, esta última será convertida em uma materialidade (constituída) que atuará como norteadora dos conteúdos concretos e das formalidades dos poderes.

Esta ideia busca dar concretude aos conteúdos políticos do poder constituinte como fenômeno jurídico-político e não extrajurídico, pois a ideia de Constituição assume uma postura

horizontal<sup>8</sup>, de articulação dos diferentes âmbitos de juridicidade: um âmbito de juridicidade na totalidade do sistema vigente e um nível de juridicidade insurgente (MACHADO, 2015) na exterioridade do sistema, o movimento entre ambos é a tensão política operada pelo poder instituinte-constituinte (político-jurídico na materialidade instituinte / jurídico-político na materialidade constituinte).

Entretanto, deve ser considerado um problema também levantado por Gilberto Bercovici no tocante ao fato de que na realidade periférica o poder constituinte enfrenta a atuação de poderes relacionados às circunstâncias históricas, assim esbarra na realidade concreta nacional que atua numa soberania bloqueada:

A questão na periferia está ligada aos limites históricos e estruturais que o poder constituinte encontra para se manifestar plenamente como formação da vontade soberana do povo. O problema central, ignorado pela maior parte de nossos doutrinadores, é o fato de que a soberania brasileira, como soberania de um Estado periférico, é uma soberania bloqueada, ou seja, enfrenta severas restrições externas e internas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude. (BERCOVICI, 2013, p. 316)

Justamente nesse ponto é que a teoria constitucionalista crítica possibilita a abertura para a interpretação da realidade concreta, pois, ao buscar recuperar a originalidade das ideias constitucionalistas latino-americanas, visualiza a compreensão imediata dos efeitos das categorias constitucionais tradicionais na realidade periférica.

<sup>8</sup> “[...] acerca de la “constitución horizontal”, como núcleo de un campo sociojurídico circular. La constitución aquí sigue siendo “fundamental” y en un cierto sentido no exterior ni espacializado, “suprema”, porque fundamenta la validez jurídica y opera como regla de reconocimiento constitucional, en ese sentido se puede hablar de un principio de supremacía constitucional pero como núcleo de sentido abierto y que en tanto tal, está presente como contenido y procedimientos en el resto de la normatividad jurídica. Entre el enunciado normativo particular y el enunciado normativo constitucional habría una relación de analogía proporcional en tanto el primero concreta en circunstancias de caso lo que está ya en alguna medida, en parte, en general, previsto en el segundo como norma en potencia, que se concretiza al determinarse con las circunstancias fácticas y normativas del caso. [...] En ese sentido, la metáfora de la constitución horizontal es más adecuada para la complejidad de sociedades plurales y que se quieren democráticas. Para eso la constitución tiene que ser un código popular, un proceso abierto a una comunidad de intérpretes ampliada a la pluralidad sociocultural de personas y grupos que la actúan cotidianamente. En síntesis, como hemos sostenido en “La constitución horizontal”, y hemos intentado argumentar mejor aquí, la constitución en vez de ser una norma jerárquica en el vértice de una pirámide de derivación lógica normativa está en el centro de un orden circular propio de sociedades complejas y plurales, como las de nuestra región, habitada por distintas comunidades nómicas propias del pluralismo jurídico de los grupos microsociales, siendo un núcleo de sentido en el que convergen distintas normatividades y que al mismo tiempo habita las situaciones.” MEDICI, Alejandro. **Otro nomos**. Teoría del Nuevo Constitucionalismo latino-americano. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2016.

Ou ainda, especificamente sobre o tema da Constituição Horizontal, ver: MEDICI, Alejandro. **La constitución horizontal**. Teoría constitucional y giro decolonial. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2012.

ISSN: 1982-4858 (Qualis A4 – quadriênio 2017-2020)

Bercovici<sup>9</sup> destaca a necessidade de repensar o poder constituinte nacional a partir da questão da originalidade, para escapar do mitemismo constitucional, para isto o autor destaca que a questão da crise de originalidade do poder constituinte deve estar inserida em um contexto de soberania periférica e de constantes interrupções da construção da nação, ou seja, abandonando a ideia de fundamentação eurocêntrica e apostando na criatividade e na criação de uma teoria constitucional para além do discurso jurídico de dominação.

Logo, interpretando e compreendendo essa realidade, numa leitura contextualizada dos fenômenos, possibilita-se entender e elaborar estratégias para desarmar os bloqueios à soberania dos Estados latino-americanos.

Diante do exposto, desde as obras de Gilberto Bercovici, algumas posturas doutrinárias devem ser revistas e reposicionadas na teoria do constitucionalismo crítico. Inicialmente, deve-se demarcar uma postura concreta em relação ao Estado: “O inimigo não é o Estado, mas o Estado a serviço dos privilegiados” (GRAU *apud* BERCOVICI, 2013, p. 320), a partir disso considerar a Constituição integrada à realidade sócio-histórica-política e ir recuperando fundamentações e teorias do constitucionalismo que refletem a problemática histórica de encobrimento do poder constituinte como tema empurrado para fora da totalidade constitucional, nos termos que o autor expressa: “[...] essa negação do poder constituinte pelo constitucionalismo mostra que a história do Estado Moderno é a história de um Estado Legislativo que progressivamente expropria o legislador”. (PORTINARO *apud* BERCOVICI, 2013, p. 27)

Ademais, reorientar o pensamento constitucional para a reflexão sobre conteúdos políticos, “Não se pode, portanto, entender a Constituição fora da realidade política, com categorias exclusivamente jurídicas” (BERCOVICI, 2013, p. 24). Como mencionado acima, a apropriação da constituição pelo seu guardião deve ser desmantelada primeiro pela recuperação

---

<sup>9</sup> “[...] é necessária uma nova forma de abordagem da questão do poder constituinte do povo, a partir das contribuições originais de Nelson Saldanha e Paulo Bonavides, vinculando a crise constituinte aos bloqueios da soberania periférica e à interrupção da construção da nação. Pensar a especificidade da manifestação do poder constituinte do povo no Brasil, distinguindo-a das suas congêneres europeias, pode ser um primeiro passo para que, seguindo a constatação de Friedrich Müller (1997, pp. 90-1), o discurso do poder constituinte do povo no Brasil deixe de ser um mero discurso de legitimação da dominação”. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 319.

do real papel do Tribunal Constitucional e posteriormente pela ampliação da política constitucional para além do ativismo judicial.

Com estas tarefas propostas pelo autor, pode-se ir avançando em uma agenda na potencialização da libertação, afirmada desde o marco teórico do constitucionalismo crítico, em especial a partir do poder constituinte como abertura para estas potencialidades, afinal:

O direito tem dificuldades em entender a produção jurídica como proveniente de um poder “de fato”, extraordinário e livre na determinação de sua própria vontade. O poder constituinte contradiz as pretensões do ordenamento jurídico de estabilidade, continuidade e mudança dentro das regras previstas. (BERCOVICI, 2013, p. 308)

Por essa razão, a teoria crítica de Gilberto Bercovici conclui que “[...] Não há poder constituinte onde o povo é alienado do poder” (BERCOVICI, 2013, p. 310), a categoria do poder do povo ganha sentido para o constitucionalismo crítico, pois é na fronteira do constitucionalismo como ideia normativa que a criticidade é acirrada desde a exterioridade do fenômeno constitucional (como totalidade).

Estas ferramentas de reflexão teórica podem ser complementadas e mesmo ampliadas por outras propostas convergentes, tais como a ideia de constitucionalismo crítico de Carlos de Cabo Martín (Madrid), a perspectiva de Gerardo Pisarello (Barcelona) e o viés de Alejandro Medici (La Plata).

## **5. O CAPITALISMO RENTISTA VERSUS O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO: O “PLATONISMO CONSTITUCIONAL”**

Na perspectiva de Carlos de Cabo Martín, o constitucionalismo atual opera a partir do “Platonismo Constitucional”, ou seja, um práticas constitucionais observada e trabalhada a partir das sombras legislativas positivas e das jurisprudências que são extraídas destas sombras (MARTÍN, 2014).

Junto a isto, o cenário problemático é construído por reformas constitucionais que desmontam a estrutura constitucional constituída por um poder constituinte amparado na soberania popular. O autor menciona que o processo de reforma é destituinte-constituinte (MARTÍN, 2014), com fundamento na atuação à portas fechadas dos parlamentos alheios às opiniões públicas, o trabalho é realizado por meio de mecanismos de reformas internas do corpo normativo constitucional, sustentado na doutrina majoritária de viés formal e postura formalista

além de ser amparado em discursos que materializam a supremacia da constituição frente à vontade soberana popular. (MARTÍN, 2014)

Diante disso, considerando o cenário do desmanche do Estado Social constitucional espanhol, o autor propõe “Outro constitucionalismo possível”, no sentido de construir críticas concretas em cinco momentos: *a) repolitização ou mesmo politização do Direito constitucional*, considerando os conflitos reais de poder; *b) recuperação e reconstituição das categorias constitucionais*, em especial considera o problema da alienação constitucional no sentido de uma crítica vinculada a base material (socioeconômica) e outra via na ampliação do cânone democrático apreendido na ideia de princípio fundamental constitucional e operacionalizado como discurso formal e procedimental; *c) fragmentação do conflito*, o que equivale:

Por consiguiente, potencialmente, esta forma de dominación es mucho más extensivamente conflictiva que la tradicional "dominación de clase". Con una singularidad: la multiplicidad, la fragmentación del conflicto, percible actualmente y que comienza a traducirse en fragmentación política. La Dialéctica histórica cobra otras peculiaridades: frente a la bipolaridad la multipolaridad, frente al macroconflicto, los microconflictos sectoriales y locales. En otros términos, el "Sujeto histórico", de unitario y homogéneo (la "clase trabajadora") deviene plural y heterogéneo. (MARTÍN, 2012, p. 07)

E prossegue,

En estas circunstancias la función a desempeñar por un Constitucionalismo Crítico es contribuir a reconstruir esa fragmentación, no tanto para reconvertirla en unitaria sino para (respetando y reconociendo las diferentes identidades) facilitar procesos de convergencia entre las distintas dinámicas y problemáticas sociales. Para ello cabe utilizar diferentes técnicas constitucionales (como la de conexión constitucional en relación con aspectos como la indivisibilidad de los Derechos) pero puede también potenciarse a través de categorías que, al desempeñar una centralidad constitucional, impliquen también esa convergencia. (MARTÍN, 2012, p. 07)

Ainda, *d) um constitucionalismo inclusivo*, em que não existam espaços extrasistema, mas mecanismos que possam gerar uma abertura constitucional que reconheça e garanta um entendimento entre ordenamentos jurídico, algo muito próximo da ideia de pluralismo jurídico; e, por fim, expandir as hipóteses para além do Estado Constitucional, atingindo também um modo de pensar a reelaboração do modo de produção. (MARTÍN, 2012, p. 07)

Em apertada síntese, De Cabo Martín, busca um Constitucionalismo crítico considerando a pluralidade sociopolítica e jurídica, incorporando mecanismos de abertura

político constitucional que congreguem fontes coletivas e assim, diminuindo a função deformadora (entenda-se hiper formalista) das Constituições. (MARTÍN, 2012, p. 07)

## **6. OS CAMINHOS DA RUPTURA: A DIALÉTICA “CONSTITUINTE” E “DESTITUINTE”**

Já para Gerardo Pisarello, a questão do constitucionalismo crítico se dá na recuperação da capacidade democrática do constitucionalismo (ruptura democrática), resgatando o poder constituinte como instrumento de transformação. Para esta tarefa o autor argentino propõe a leitura do constitucionalismo moderno como um *largo termidor*, em referência ao mês na revolução francesa em que ocorreu um golpe de Estado no processo democrático de transformação social.

Isto posto, a questão histórica é desenhada da seguinte forma: as lutas políticas são conformadas no campo constitucional desde duas vertentes contrapostas, de um lado o poder oligárquico identificado com o poder econômico versus o poder democrático, identificado com a vontade popular; o primeiro é convertido em constitucionalismo oligárquico e o outro em constitucionalismo democrático. (PISARELLO, 2011)

Logo, pode-se sintetizar da seguinte forma:

¿Qué significado tienen, en efecto, expresiones como soberanía popular o “un hombre, un voto”, cuando sólo veintiún estados tienen un PIB más alto que algunas de las seis primeras grandes empresas transnacionales? ¿Qué gobierno de las mayorías puede aspirar al nombre de tal cuando decisiones básicas de la vida cotidiana dependen de minorías sin legitimidad representativa alguna, como los grandes organismos financieros, ciertas instancias supuestamente “técnicas”, como los bancos centrales o las agencias de calificación de deudas?

¿Qué valor exacto adquiere el derecho formal a votar cuando se vive en condiciones de precariedad laboral o existencial, el acceso a los medios de comunicación es limitado o inexistente, y los principales partidos políticos están fuertemente subordinados a oligarquías financieras libres de todo control? (PISARELLO, 2011, p. 14)

A hipótese que move a obra do autor é que a democracia, no sentido de procedimento de legitimação, encobriu e reduziu historicamente uma perspectiva mais ampla dessa categoria política, dando guarida para regimes antidemocráticos. (PISARELLO, 2011). Ora, o sentido da democracia para além do procedimento legitimador deve ser disputado dentro da esfera política pública para potencialização de libertação, isto porque a democracia além de ter sido reduzida

ao campo político do jogo eleitoral, no modelo atual não tem força suficiente para enfrentar os poderes econômicos (antidemocráticos e privados).

A ideia da redução da democracia é operada por dois veículos específicos no sistema atual, o partido político e a opinião pública e ambos acabam com suas problemáticas criando espaços e grupos hegemônicos:

En muchos países, la defeción en el ejercicio del voto viene acompañada de sistemas electorales escasamente proporcionales, uninominales o mayoritarios, de barreras electoras arbitrarias o de falta de organismos independientes capaces de controlar al fraude. Estas técnicas de regulación operan como un filtro clave a la hora de establecer. Qué grupos sociales y políticos pueden estar o no en las instituciones. [...] Cuando esta exclusión no se consigue a través de las leyes electorales, a menudo se fragua en un momento previo. En la propia articulación de los partidos políticos y en la formación de la opinión publica. [...] La idea de que la democracia supone la libre circulación de ideas y opiniones también se ve amenazada por el escandaloso proceso de fusiones y concentraciones de grandes medios de comunicación. (PISARELLO, 2011, p. 13)

Frente a este cenário o autor propõe a crítica ao constitucionalismo em especial no tocante ao fato da doutrina liberal do constitucionalismo ter aprisionado a democracia como um princípio positivo (PISARELLO, 2011), no mesmo sentido citado anteriormente na ideia da constituição refém do Tribunal Constitucional.

Por conta disso, Pisarello conclui que o *largo termidor* pode ser superado por um movimento emancipatório democrático do poder popular, uma luta política pela democratização do poder institucionalizado, disputando o espaço atualmente hegemonizado pelo constitucionalismo oligárquico do poder econômico, isso se dá por levantes dos setores trabalhadores (ocupados ou desempregados) e estudantis que: “[...] denuncian la oligarquización de la vida política y económica. Afirman que no quieren ser ‘mercancía en manos de político y banqueros’. Y exigen, en un grito que atraviesa el continente: ¡Democracia real ya! (PISARELLO, 2011, p. 11)

Dessa forma, Pisarello abre um campo conceitual para ampliar e problematizar o sentido constitucional da democracia e, por isso acaba entrando na discussão do poder constituinte, ou no caso da obra processos constituintes em que especifica o debate iniciado no *largo termidor*. O texto verifica que duas manifestações do poder constituinte são perversas, ambas de caráter liberal-oligárquico (PISARELLO, 2011); a primeira é verificada no tocante ao constitucionalismo liberal-oligárquico que se apropria do poder constituinte e o encobre nos

**ISSN: 1982-4858 (Qualis A4 – quadriênio 2017-2020)**

marcos regulatórios constitucionais, esse movimento diminui as potencialidades democráticas da constituição, anula a potencialidade libertadora do poder constituinte e abre espaços, possibilita atuação e ampliação dos poderes constituídos, que operam em um sentido destituinte nos termos mencionados acima por De Cabo Martín.

Por outro lado, é importante frisar que a constituição em alguns cenários econômicos perdeu sua potencialidade de garantia, logo esvaziando o conteúdo democrático e garantista das constituições; outros poderes extraconstitucionais passam a constituir outra ordem em âmbito global; Pisarello (PISARELLO, 2011) destaca isso como a manifestação de uma nova lex mercatoria, que constituiria um constitucionalismo global, transnacional de viés econômico.

É nesse cenário concreto que opera a crítica constitucional deste autor, em um sentido estratégico que busca uma ruptura democrática que pode ser explicada da seguinte maneira: primeiro uma abertura através de uma reforma para a ruptura, modificando procedimentos internos; na sequência uma reforma total (ainda dentro dos procedimentos) e por fim um processo constituinte soberano com intuito de elaboração de uma nova constituição. (PISARELLO, 2014)

A ideia central é destituir o poder desconstituinte de direitos e garantias sociais, desbloquear a democracia e desconectá-la da doutrina liberal constitucional para a partir de então começar a elaboração de novos arquétipos constitucionais que possam ampliar a tutela de questões de interesse comum.

Com estas ideias, é possível identificar que para Pisarello o poder constituinte é um recurso extremo para contextos de aparelhamento democrático que possibilitam agressões econômicas, políticas e culturais (PISARELLO, 2014). No mesmo sentido acima referido, o autor menciona a insuportabilidade por grupos subalternos (PISARELLO, 2014) da situação de injustiça, logo o critério material da democratização dos processos constituintes de Pisarello também considera uma fundamentação instituinte desde capacidades intersubjetivas criadas a partir de um consenso crítico.

Portanto, as condições descritas nas obras de referência ao pensamento constitucionalista crítico, direcionam de forma unívoca no sentido da recuperação dos conteúdos políticos e em especial a soberania e a democracia em espaços no qual ganha destaque o poder constituinte. Assim, temas como povo, direito insurgente, movimentos

populares, dominação, supremacia constitucional, libertação, entre outros assumem uma relevância estratégica conforme foi visto nos últimos processos constituintes latino-americanos.

Logo, de maneira específica os dois marcos interpretativos acima (filosófico e teórico), revelam instrumentos e categorias que efetivam uma leitura reflexiva do fenômeno do constitucionalismo na região através de categorias pontuais que reconectam o constitucionalismo ao campo político.

O problema a partir de agora é que os marcos teóricos devem operar em uma realidade concreta, bem como, o constitucionalismo é moderno, e a modernidade tem duas caras, logo é notório a frequência com que as categorias da modernidade quando atravessam o Atlântico assumem a cara da colonialidade do poder e, isso não é diferente com o constitucionalismo.

Um exemplo concreto pode ser visto desde a afirmação central na obra de Bercovici:

Mas, para a surpresa dos liberais, ao realizarem suas revoluções, um novo ator político entrou em cena: o poder constituinte do povo, incontrolável e ameaçador. [...] A política necessita de paz e estabilidade, ou seja, a revolução permanente não é possível, segundo Roman Schnur. O sucesso da revolução é a sua conclusão [...] com redução da legitimidade à legalidade. [...] A forma institucional disto foi o constitucionalismo. O constitucionalismo nasceu contra o poder constituinte buscando limitá-lo. (BERCOVICI, 2013, p. 45)

Acontece que por esta região as experiências constitucionais sequer podem ser descritas como tão exitosas quanto as matrizes modernas, basta recordar as dificuldades narradas por Aguilera Rivera relembrando a Simon Bolívar e sua *Quimera constitucional*:

Em 1829 Simón Bolívar, presa del desconsuelo, se lamentaba: “hemos ensayado todos los sistemas, y ninguno resultó eficaz. México cayó; Guatemala está destruida; hay nuevas revoluciones en Chile. En Buenos Aires mataron al Presidente. Bolivia ha tenido tres presidentes en cinco días y dos de ellos fueron asesinados”. Hispanoamérica era un caos de pasiones, dificultades y desórdenes: ahí no se respetaban ni los derechos ni los deberes. La desilusión debe ser puesta en contexto: apenas cinco años antes, Bolívar y otros en Europa consideraban que la América española era la esperanza de un mundo nuevo. Sin embargo, al final de su vida Bolívar estaba convencido de que esa creencia había sido una quimera: deseos que engañaron a todos [...]. (AGUILERA RIVERA, 2000, s/p.)

Portanto, se o constitucionalismo na América do Norte e na Europa foi um instrumento para terminar com as revoluções, já na América Latina serviu para intentar evitá-las, guardando uma similitude nos dois lados do Atlântico, institucionalizar a vontade de poder, encobrir a vontade de vida das maioria e instrumentalizar/encobrir a democracia.

Entretanto, o constitucionalismo guarda algumas características transatlânticas, entre as quais a capacidade de emancipação; acontece que para explorar esta capacidade não pode o constitucionalismo ser desconectado dos fenômenos sócio-histórico-político. Eis, então a tarefa da próxima etapa, aplicar os marcos teóricos explicitados às experiências constitucionais regionais, como maneira de ter uma leitura do constitucionalismo latino-americano desde um viés crítico.

## **7. OUTRO NOMOS: UMA TEORIA CRÍTICA CONSTITUCIONAL HORIZONTAL**

Desde a zona meridional da América do Sul, Alejandro Medici, constitucionalista crítico argentino, traz contribuições refletindo diretamente da filosofia política da libertação de Enrique Dussel, usando as categorias desta para interpretar o fenômeno do “novo constitucionalismo latino-americano”.

Medici inicialmente, desde suas contribuições reflexivas em teoria da constituição, disciplina que ministra no mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luís de Potosí, México; oferece duas obras (MEDICI, 2012b) conectadas por um marco teórico: a filosofia política da libertação e seu método analítico.

Nesse sentido, a temática que ocupou este autor nos últimos anos foi o constitucionalismo equatoriano e boliviano, em especial pelas novidades em torno da ecologia política, cosmovisões e das lutas dos movimentos sociais. O que chama atenção e atravessa toda as duas obras do autor, é a questão de um pensamento político-jurídico com base na realidade sócio histórico regional.

Em razão disso, Medici demonstra que a teoria constitucional clássica foi sacudida nas suas bases fundamentadoras pelas novidades do constitucionalismo dos andes latino-americano; isto porque a ideia *ellacuriana* de historicização dos conceitos desde uma realidade concreta pode ser contrastada com a universalidade do idealismo historicista da modernidade, revelando que as teorias constitucionais regionais costumam recepcionar de forma acrítica os conceitos e modelos da epistemologia Euro-USA-Cênicos. (WALSH, 2012, p. 125)

Ainda, cabe na narrativa acrescentar a metodologia de desideologização dos conceitos históricos, pois aqui novamente as contribuições de Ignácio de Ellacuría<sup>10</sup> prestam-se ao enfrentamento do mimetismo conceitual das teorias constitucionais *standard*.

Apresentadas assim as estruturas básicas da metodologia do pensamento constitucional de Medici, cabe destacar que a articulação teórico fundamental das suas obras em Teoria Crítica Constitucional são sustentadas nos elementos que segue: *a) pensamento crítico situado*, categoria da Filosofia da Liberação *dusseliana* que pretende diagnosticar a originalidade das diversas filosofias desde a realidade concreta da cotidianidade *nuestramericana* (MARTÍ, 1973), revelam elementos novos ao pensamento filosófico, rompendo o fio narrativo da filosofia como filosofia moderna e universal desde a Europa; *b) Giro decolonial*, contribuição sócio histórica que funda as suas raízes na crítica à estrutura de dominação da relação modernidade-subalternidade, ou seja, pensamentos outros que verificam a persistência da modernidade como colonialidade no Estado e na sociedade, expandido também as suas perspectivas para o âmbito econômico-político como padrão global de dominação, na subjetividade da colonialidade do ser como subalterno, na epistemologia e cultura com a colonialidade do saber; *c) práxis de libertação*, tramas sociais em que os sujeito concretos, corporais, vivos e necessitados compartilham experiências desde a intersubjetividade crítica, momento em que interpelam a realidade excludente de negação das suas condições de possibilidade de vida; *d) iusmaterialismo ou humanismo concreto*, em que as condições jurídicas devem ser materializadas desde as relações em uma sociabilidade justa, ao invés do idealismo jurídico abstrato que sustentam a narrativa jurídica oficial do Estado.

Amparando-se nestas perspectivas a teoria crítica constitucional de Alejandro Medici busca também na filosofia da liberação *dusseliana* um fundamento material: produção e reprodução da vida dos sujeitos vivos, em que o objetivo central é o restabelecimento do

---

<sup>10</sup> ELLACURÍA, Ignacio. **Filosofía de la realidad histórica**. San Salvador, El Salvador: UCA editores, 1990. Ou ainda do próprio Alejandro Medici: MEDICI, Alejandro. Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano: el método de histocización de conceptos ellacuriano y la crítica del constitucionalismo regional. In: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro; PÉREZ MARTÍNEZ, Ramón Manuel. **Historicizar la justicia**: estudios sobre el pensamiento de Ignacio de Ellacuria. México: UASLP, 2015.

protagonismo popular na prática constitucional, momento em que aparece o resgate de um viés puramente argentino da perspectiva constitucionalista social de Arturo Sampay<sup>11</sup>.

E, da mesma forma que os demais autores anteriores, Medici identifica uma forte contradição entre poder fetichizado e poder obediencial<sup>12</sup>:

Aparecen entonces como los referentes privilegiados que permiten no caer en una teoría constitucional celebratoria, estática, conservadora o acrítica, es decir, no caer en el fetichismo jurídico constitucional. Lo contrario a ese fetichismo es una construcción teórica consciente de que, incluso el mejor diseño constitucional portador de una sincera pretensión de justicia, no lo puede todo, que no puede prever todas las necesidades, [...] Una teoría constitucional que entiende que en una sociedad democrática orientada a la convivencia y por tanto al poder vivir y al vivir bien la constitución es una herramienta: un código popular, un proceso abierto y disponible al poder constituyente y a la reconstituyencia popular. (MEDICI, 2016, p. 91)

Como é possível ver na perspectiva desse autor, a politização da esfera constitucional também é uma demanda, bem como a normatividade jurídica não pode estar atrelada unicamente ao conceito constitucional de ordem normativa entregue aos poderes institucionalizados.

A teoria *mediciana* amplia os horizontes do constitucionalismo quando na contradição antes referida aponta a possibilidade de uma democracia material, em que as condições formais do constitucionalismo estejam atreladas ao princípio da reprodução da vida e não ao uso político da constituição fetichizada.

A proposta é que se tenha uma concepção teórica de uma constituição horizontal (MEDICI, 2012b), em contraposição ao formalismo do escalonamento kelseniano. A constituição horizontal atua como eixo articulador de saberes e histórias, um núcleo de sentido aberto às pluralidades sociais com princípios como plurinacionalidade, pluriculturalidade, demodiversidade e pluralismo jurídico; atuando em contraposição aos monismos de plantão das teorias constitucionais tradicionais com sua unidade, uniformidade e reducionismos vários.

---

<sup>11</sup> Jurista argentino conhecido pela sua atuação na elaboração da Constituição da Argentina de 1949, que inaugurou o Estado social naquele país.

<sup>12</sup> O que manda é o representante que deve cumprir uma função da potestas. É eleito para exercer delegadamente o poder da comunidade; deve fazê-lo em função das exigências, reivindicações, necessidades da comunidade. Quando desde Chiapas nos é ensinado que “os que mandam devem mandar obedecendo”, indica-se com extrema precisão esta função de serviço de funcionário (que cumpre uma “função”) político, que exerce como delegado o poder obediencial. DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política.** 1º Edição. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007b, p. 39.

Dentro desse panorama, a teoria constitucional horizontal, como *Outro Nomos* possível do constitucionalismo moderno, é evidenciada como um constitucionalismo produto de uma radicalização da democracia, pois os movimentos constituintes do novo constitucionalismo latino-americano, são frutos de reivindicações dos movimentos sociais de povos originários e com demandas históricas relacionadas com a colonialidade e com conflitos ecológico-político.

Ademais, este mesmo novo constitucionalismo latino-americano, representa a insurgência histórica de sujeitos subalternos, que apostaram na reforma constitucional como um momento de transição. Isso tudo é possível verificar na inclusão de novos direitos fundamentais e a natureza emergindo como sujeito de direito.

A constituição horizontal é de uma ideia principiológica que privilegia a vida humana:

La constitución en tanto derecho sobre el derecho, es el producto de la concretización jurídica histórica de la voluntad de convivencia consensual y factible, de la comunidad política ahora como “grupo juramentado”, en ella encontramos subsumidos analógicamente, de acuerdo a las funciones normativas, organizativas y simbólicas del derecho, los principios de la ética y de la política de liberación. La determinación formalizada del poder de la comunidad política (potestas) como Constitución. La forma de la potestas. Sintéticamente: vida en forma, y forma nacida de la vida. (MEDICI, 2016, p. 231)

Por fim, a constituição horizontal como teoria constitucional crítica latino-americana, acaba por demonstrar que o problema central do constitucionalismo regional é a forma dos poderes, ou seja, a sua atuação hegemonizada e elitizada é fruto da constituição da estrutura social e política que reflete na Constituição normativa formalmente e na sua prática jurisprudencial.

Isso tudo é importante pois a teoria constitucional horizontal, como o próprio título da obra de Alejandro Medici menciona, trata-se de *Outro Nomos*, uma perspectiva diferenciadas em sua materialidade fundante, nos princípios normativos inovadores e na condição de possibilidade de uma perspectiva de democratização da esfera constitucional a partir do entendimento que esta é antes política do que jurídica e, portanto, necessita de uma radicalização democrática em favor dos povos da América Latina.

## CONCLUSÃO

Dante do que foi exposto no texto, é possível perceber as diferentes maneiras em que a constituição (no sentido formal) e o constitucionalismo no seu reducionismo normativo expõe as suas contradições. Evidente que tais contradições não se dão com a realidade em geral, mas sim com o tipo de sociabilidade capitalista excludente, na qual as ingerências políticas populares são bloqueadas pelos instrumentos legislativos; ao mesmo tempo em que agentes privados em serviço do sistema financeiro especulativo alcançam maiores espaços na determinação da agenda constitucional de um país e operam redução drásticas de direitos sociais.

O cenário das reformas constitucionais como processos destituintes nos termos mencionados acima por De Cabo Martín e Pisarello, ou então, a hipertrofia simbólica de Marcelo Neves, são categorias fortes para a compreensão dos problemas constitucionais na realidade normativa das sociedades atuais.

Nesse significado crítico, a conclusão reflexiva vai na linha da recuperação de um sentido político democratizante da constituição, entenda-se a crítica em relação as teorias clássicas constitucionais (normativa, idealista, garantista, dirigente, neoconstitucionalista e outras) que afastam os aspectos de uma democracia substancial tão logo se tenha as determinações jurídicas no texto supremo.

Por essa razão, desde diferentes fundamentos, revela-se uma ruptura entre constituição formal e práxis constitucional democrática. Afinal, o uso das reformas constitucionais tem sido um instrumento político-jurídico eficaz para a realização dos propósitos econômicos do sistema financeiro capitalista, mesmo que isso represente a descaracterização dos princípios constituintes do constitucionalismo democrático das últimas décadas. Ainda, cabe referir que estas práticas constitucionais reduzem a soberania popular à condição de expectadora da realização jurídica dos seus direitos pelos poderes instituídos (seja legislativo, executivo ou judiciário).

Finalmente, é em vista dessa realidade constitucional que opera uma crítica constitucional ofensiva à operacionalização normativo-jurídico dogmática, entendendo que os bloqueios à materialidade constitucional, representam obstáculos de reconexão da constituição com a

realidade social e quem sabe a recuperação de seu caráter democrático transformador, nos termos referenciados no texto por Gilberto Bercovici.

Assim sendo, Medici trouxe desde a realidade latino-americana uma outra prática política constitucional que reabriu a disputa na Teoria Constitucional para processos democráticos substanciais. Isso se deu a partir das insurgências sociopolíticas dos movimentos populares que lograram inserir as suas perspectivas plurais na hegemonia uniformizada e monista do Direito Constitucional moderno.

Contudo, cabe considerar que a Teoria Crítica do constitucionalismo não é um campo de estudos disciplinar fechado, bem como não se alimenta das disputas doutrinárias, ao contrário disso busca entender desde as realidades sócio-históricas concretas o papel democrático e democratizador do constitucionalismo nas sociedades, para a partir da confirmação ou não da realização deste papel, formular hipóteses de uma Sociologia Constitucional crítica.

Uma sociologia constitucionalista crítica não especula com a eficácia normativa das Constituições formais, tampouco se reduz somente a explorar a materialidade dos termos constitucionais jurídicos. Sendo assim, uma Sociologia Constitucional Crítica, se compromete em refletir desde as contradições reais apresentada na realidade viva desde sujeitos concretos, que visualizam hodiernamente a paulatina redução dos seus direitos ao mesmo tempo que observam o vertiginoso crescimento da exploração e da concentração da riqueza.

Portanto, a crítica aqui é entendida como a possibilidade de evidenciar as mazelas políticas mascaradas pela juridicidade constitucional antidemocrática e seu impacto na realidade social. E, a partir de então, destacar que a politização democrática da constituição deve estar diretamente relacionada com a democratização das relações sociais.

## **REFERÊNCIAS**

AGUILERA RIVERA, José Antonio. **En pos de la quimera:** Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico. México: FCE, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2013a.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Brasileira de 1988, as 'Constituições Transformadoras' e o 'Novo Constitucionalismo Latino-Americano'. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 26, p. 285-305, 2013b.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004a.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Orgs.). **Diálogos constitucionais**: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004b. p. 263-290.

BORON, Atilio. **A coruja de Minerva**: mercado contra democracia no capitalismo contemporâneo. Petrópolis: Vozes, 2001.

**BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Los Pobres y el uso del derecho. Em: RECH, Daniel; PRESSBURGER, Miguel; ROCHA, Osvaldo Alencar. **Direito insurgente**: o direito dos oprimidos. Rio de Janeiro: AJUP/Fase, out. 1990.

DE LA TORRE, Jesús Antonio R. **El derecho que nace del pueblo**. México: Centro de investigaciones Regionales de Aguascalientes, 1986,

DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**: história mundial y crítica. Madrid: Trotta, 2007a.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1º Edição. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007b.

DUSSEL, Enrique. **Filosofía de la liberación**. México: FCE, 2011.

DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**: arquitectónica. Madrid: Trotta, 2009.

ELLACURÍA, Ignacio. **Filosofía de la realidad histórica**. San Salvador, El Salvador: UCA editores, 1990.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Colección Demos. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LUDWIG, Celso Luiz. A transformação jurídica na ótica da filosofia da libertação: a legitimidade dos novos direitos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 41, 2004, p. 43.

ISSN: 1982-4858 (Qualis A4 – quadriênio 2017-2020)

MACHADO, Lucas. Juridicidades insurgentes: elementos para o pluralismo jurídico de libertação latino-americano. 2015. 790 f. **Tese** (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catariana, Brasil. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157392/336538.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL, Ramón. **El giro decolonial:** reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

MARTÍ, José. **Nuestra América.** Barcelona: Ariel, 1973.

MARTIN, Carlos de Cabo. **Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico.** Madrid: Trotta, 2014.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **Propuesta para um constitucionalismo crítico.** 2012. Discurso de investidura como doutor honoris causa Universidade de Alicante. Disponível em: <https://web.ua.es/es/protocolo/documentos/eventos/honoris/de-cabo-marti-carlos-2012/disco...> Acesso em: 15 abr. 2020.

MEDICI, Alejandro. Los poderes innominados del constitucionalismo latinoamericano: la necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico situado: La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico situado. **Redhes:** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales, San Luis Potosí, v. , n. 8, p. 55-73, dez. 2012a. Semestral. Disponível em: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%208/Redhes8-03.pdf>.

MEDICI, Alejandro. **Otro nomos.** Teoría del Nuevo Constitucionalismo latino-americano. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2016.

MEDICI, Alejandro. **La constitución horizontal.** Teoría constitucional y giro decolonial. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2012b.

MEDICI, Alejandro. Poderes y derechos en el constitucionalismo latinoamericano: el método de histocización de conceptos ellacuriano y la crítica del constitucionalismo regional. In: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro; PÉREZ MARTÍNEZ, Ramón Manuel. **Historicizar la justicia:** estudios sobre el pensamiento de Ignacio de Ellacuria. México: UASLP, 2015.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo termidor**: La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESSES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad crítica y (de)colonialidad**: ensayos desde Abya Yala. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalism**. A renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 9<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido em: 02/05/2025  
Aprovado em: 03/02/2026

Editor geral:  
Prof. Dr. Marcelino Meleu

Assistentes na Edição Executiva:  
Mestrando Otávio A.  
Mestrando Mateus A.