

ELEMENTOS PRELIMINARES PARA UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PODER CONSTITUINTE¹

David Sánchez Rubio²

Resumo: Neste trabalho iremos fazer uma aproximação preliminar e crítica desde a filosofia do direito sobre o conceito de poder constituinte em sua versão popular e sua versão oligárquica. Para tanto, se complementar a análise de outro conceito propositivo, o poder instituinte que, em si mesmo, possui uma dimensão popular e outra oligárquica. A crise, que a nível global estão experimentando os estados constitucionais de direito, com a fragilidade de seus sistemas democráticos e o enfraquecimento das garantias dos direitos humanos pelos ataques do totalitarismo do mercado e sua ideologia neoliberal, provoca a necessidade de reinterpretar os marcos categoriais e os conceitos analíticos tradicionais e a busca de novos sentidos que nos permitam graus maiores de certeza nesse incerto contexto. Isto se realizará sobre o conceito de poder constituinte.

Palavras chave: poder constituinte, poder constituído, poder instituinte, soberania, povo.

Abstract: In this study we present a preliminary and critical approach from the philosophy of law on the concept of constituent power in its popular version and in its oligarchic version. To do this, the research is complemented by the analysis of another propositional concept, the instituting power, which, in turn, also has a popular and an oligarchic dimension. The global crisis that constitutional states of law are experiencing, with the weakening of their democratic systems and the weakening of human rights guarantees due to attacks by market totalitarianism and its neoliberal ideology, creates the need to reinterpret the categorical frameworks and the traditional analytical concepts in search for new meanings that allow us greater degrees of certainty in this uncertain context. This is conducted on the concept of constituent power.

Key words: constituent power, constituted power, instituting power, sovereignty, nation.

¹ Nota da tradutora: David Sánchez Rubio é Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla onde atualmente é professor titular de graduação e pós-graduação nos Programas de Mestrado e Doutorado. É professor colaborador de programas de mestrado em inúmeras Universidades espanholas, dentre as quais a Universidad Pablo de Olavide (UPO/Es) e latino americanas com destaque para o Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luis Potosí (México). No Brasil integra o quadro de professor colaborador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Regional de Blumenau (PPGDFURB/SC). É filiado a corrente de pensamento jurídico crítico latino americano de Direitos Humanos com diversas publicações acerca do tema. O artigo que apresentamos, publicado originalmente em espanhol com o título: “Materiales preliminares para um análisis crítico del poder constituyente” na revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 23 2020, pp.47-77 (ISSN 1575-7382) é um convite à reflexão acerca do conceito de poder constituinte popular e sua versão oligárquica desde o horizonte da filosofia do direito. Analisa a crise global dos estados constitucionais de direito e as causas da fragilidade de seus sistemas democráticos e garantia dos direitos humanos desde a problematização dos marcos teóricos e conceitos analíticos tradicionais. A tradução desse artigo que tenho satisfação de apresentar contou com a colaboração dos acadêmicos pesquisadores e bolsistas do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau Henrique Beal e Arman Hillesheim, vinculado ao Projeto “Política Constitucional e Movimentos Sociais: desvelando práticas e experiências desde a cidade de Blumenau e região”.

Ivone Fernandes Morcilo Lixa, Dra e Coordenadora do Programa de Direito da Universidade Regional de Blumenau (PPGDFURB/SC)

²Professor Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla. Correio eletrônico: dsanche@us.es

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho iremos fazer uma aproximação preliminar sobre o conceito do poder constituinte em sua versão popular e em sua versão oligárquica. Também se complementar com análise de outro poder, o instituinte que possui uma dimensão popular e outra oligárquica. A finalidade desta última é questionar o imaginário oficial e generalizado que existe sobre o poder constituinte na cultura jurídica e política, porque representa o triunfo de falso universalismo e uma série de promessas que nunca quiseram ser cumpridas pelo principal ator da modernidade: a burguesia e oligarquia-plutocrática que foi adquirindo contornos de maneira completa e sistêmica em torno de seu imaginário e projeto de visa. A crise que, a nível global está experimentando os estados constitucionais de direito, o enfraquecimento de seus sistemas democráticos e fragilidade das garantias dos direitos humanos pelo ataque do totalitarismo de mercado e sua ideologia neoliberal, é incrementada pela própria crise do capitalismo. Fatos que provocam reações e resistências diversas exigem reinterpretar os marcos teóricos e os conceitos analíticos tradicionais e a busca de novos sentidos que nos permitam ter maior grau de certeza nesse incerto contexto. Com isso, se oferecerá incremento a um caminho, entre outros possíveis, para enfrentar o mundo adverso que nos interpela e que afeta a toda humanidade.

Todos os conceitos possuem um núcleo referencial axiológico que serve de norte e de denominador comum de uma dimensão propositiva que oferecemos, e se origina de processos históricos revolucionários e de lutas coletivas que reivindicam espaços de liberdade e liberdade humanas frente a sistemas e modos de dominação e exclusão com os quais se trata determinados seres humanos como objetos por razões diversas, os inferiorizando, marginalizando, discriminando e/ou eliminando-os, e que projetamos sobre toda a humanidade e sobre cada momento de existência de cada ser humano. O filósofo chileno Helio Gallardo o resumem a partir dos processos de libertação frente a distintos tipos de sujeições, com a capacidade que devem possuir os movimentos sociais (e todos seres humanos) de auto constituir-se como sujeitos, de se construírem como sujeitos, criando subjetividades e identidades com as quais possam se situar em condições dadas por sua própria natureza dos processos que intervêm e das próprias produções que a gera. É desde as próprias pessoas que o protagonismo deve ser assumido, escrever seu destino e o realizar a partir da luta social, coletiva, individual, diária e cotidiana.³ Os poderes constituintes e instituintes, em que pese suas ambivalências, contradições, reversibilidades, inversões e oscilações próprias do agir humano, podem ser caminhos e vias complementares que os tornam possíveis. A dificuldade e o problema principal é que a história sempre é construída pelos vencedores e acaba

³Gallardo, H., Siglo XXI, producir un mundo, San José, Arlekin, 2006, pp. 23-24, 46 e 51.

por impor um imaginário dominado pelos grupos ou classes mais poderosas. Nesse caso, é a burguesia e seu complexo sistema de organização estabelecido desde a lógica do capitalismo, que estão assentadas as bases do que Joaquín Herrera Flores chama de método de ação social dominante que orienta o modo como se pode reagir frente aos entornos das relações humanas, ou seja, o sistema norteador e princípio que deve orientar os processos ideológicos, dos conteúdos concretos e específicos que devem servir de direcionamento das ações humanas, assim como as formas de produção dos valores sociais ⁴. Em função desse método-orientador da ação humana dominante ou não dominante, articulamos nossas relações conosco mesmo, com nosso semelhante e com a natureza. A obtenção do máximo benefício (acumulação), a propriedade privada, o crescimento perpétuo, a competitividade e o cálculo do custo-benefício com a racionalidade instrumental de meios e fins seriam alguns dos elementos nucleares da cultura burguesa capitalista que se tornou hegemônica, onipresente e onisciente com a mercantilização individualista de todas as fases da vida.

2 DUAS HIPÓTESES DE TRABALHO COMPLEMENTARES E UMA ASSERÇÃO

a) *Medo do povo.*

A primeira hipótese expressa o fato de que, ao longo da história da cultura ocidental, os poderes políticos, jurídicos, econômicos e religiosos sempre têm mostrado receio, desconfiança e desprezo por tudo que se origina do povo considerado como infracultura, imaturidade, bestialidade, animalidade, analfabetismo, contaminação, irracionalidade, barbárie, inferioridade, periculosidade e pecado. De certa maneira, é denominador comum em quase todas as formas de vida humana e na maioria das culturas, se manifesta no ocidente e na modernidade hegemônica uma certa forma mais paradoxal e particular por ser, em certa medida, uma bandeira dos ideais de democracia, os direitos humanos, os poderes constituintes e constituídos e os Estados constitucionais de direito: por diversas razões, ao longo de sua história os grupos de poder, as elites, oligarquias e poliarquias que generalizam e consolidam seus imaginários, têm expressado uma terrível e imenso medo do povo, mantendo-se ao longo da modernidade.

Tudo o que vem do povo é fonte de suspeita, preconceito, ódio e medo. Os “de baixo”, as classes populares são desqualificadas e associadas ao caótico, anarquia, perigoso, desequilíbrio,

⁴Herrera Flores, J., Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005, pp. 14 y 254.

instabilidade, primitivo, sem instrução e desordenado. A multidão, a massa, a turba, o “populacho” é sinônimo de insegurança, desconfiança e ameaça ao estabelecido e a segurança. Por esse motivo, é tratada como inferior, dependente e subordinada. O povo, por sua periculosidade e incompetência, há que ser contido, limitado, manipulado, reduzido, controlado, esvaziado e / ou eliminado através de diversas políticas de dominação, inclusive algumas consideradas democráticas⁵

Há que se esclarecer que, por povo (ou multidão), não entendemos uma essência natural nem se refere a algo predeterminado. Há que compreendê-lo como categoria de análise plural, com suas contradições e ambivalências, sem pensar que é uma instância pura, imaculada e sacrossanta. Está cheia de paradoxos e contradições. Seus contextos heterogêneos internos se movem por exclusões, modos particulares e locais de sujeições que expressam a dimensão “angemônica” ou “sapiens-demens” da condição humana. Não somos anjos ou demônios, e por isso, há que se ter sempre uma atitude crítica e vigilante sobre os conceitos com os quais lidamos e as realidades que interpretamos. A referência é que, neste caso, a categoria povo se refere principalmente àqueles coletivos e grupos humanos que sofrem injustiça e, são submetidos a razões de poder discriminatórias e excludentes: “povo” representa o bloco social dos oprimidos e daqueles que, com eles, lutam por um mundo sem opressão.

b) *Falsas promessas que nunca quiseram cumprir.*

Essa segunda hipótese está intimamente relacionada à primeira e iremos analisa-la desde o conceito de direitos humanos, tal como H. Gallardo propõe: a produção econômica e social da organização capitalista e reprodução simbólica e cultural, que desperta expectativas de direitos e, ao mesmo tempo, proíbe a sua materialização.⁶ Além do mais, direitos humanos remetem para um universalismo ideológico que a lógica concreta e fática das sociedades modernas são incapazes de cumprir. Gera uma ilusão e um efeito emancipador potencialmente universal que não pode e não pode, nem quer realizar pelas tramas sociais que constroem e são implantadas em todas ordens desde dinâmicas excludentes, sectárias e que beneficiam grupos minoritários (essas ordens são o mundo ou local de trabalho, o da produção ou trabalho, o da espiritualidade religiosa, o espaço

⁵Negri, A., El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad, Madrid, Libertarias, 1994; Pisarello, G., Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático, Madrid, Trotta, 2011; Federici, S., Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria, Madrid, Traficante de Sueños, 2016; Dussel, E., Política de la liberación. Arquitectónica, Vol. II, Madrid, Trotta, 2009; Médici, A., Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano, Aguascalientes-San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat y Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2016; Gallardo, H., op. cit. Para la consideración negativa del pueblo como excremento de la democracia ver Sanín Restrepo, R., Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, 248 y ss.

⁶Gallardo, H., op. cit, p. 176.

doméstico ou familiar, o espaço comunitário – escola e universidade, nos bairros, na mídia, na ordem financeira e no mundo do mercado, redes sociais e virtuais, etc.). Dentro da configuração das sociedades modernas euro-ocidentais, proclama-se um discurso universal de dignidade integral, mas estruturando-se, ao mesmo tempo, através de condições materiais que não o tornam viável. O imaginário da modernidade inventa direitos humanos sobre uma base material, econômico-cultural e uma institucionalidade estabelecida para poucos, tornando-os impossíveis de serem realizados.⁷ Esta inviabilidade ou incompatibilidade estrutural o impulsiona para a manipulação ideológica e demagógica. Suas promessas são estruturalmente frustradas e apenas pontual e aleatoriamente cumprida. E acrescentamos que são promessas que, pelo sistema, nunca quiseram efetivar.⁸

Algo semelhante ocorre com a democracia. Pablo González Casanova também o situa de maneira clara quando diz que, embora a democracia seja utopia, não o é no negativo e como algo impossível, mas é um caminho e um projeto político baseado na justiça, na liberdade e na igualdade social, o problema está no fato de que expressões como "democracia é o governo do povo, para o povo", segundo Lincoln, não se tornaram nunca em realidade porque as democracias foram e são excludentes, nunca inclusivas, daí o fracasso do projetos humanísticos e modernos. Não se logrou êxito nas democracias excludentes. Isso fez com que nosso subconsciente coletivo aceite um conceito oligárquico e elitista de democracia que dificulta a necessidade de recuperar e lutar pelas democracias inclusivas com as quais o popular não seja a exceção ou desculpa, mas a forma e o referente realmente corporificado.⁹

O mesmo ocorre com o conceito de poder constituinte e constituição. Alejandro Médici, situando-se na realidade latino-americana que interpretamos pretexto para aplica-lo a outras regiões, salienta que o poder constituinte, embora se configure como um dos aspectos mais importantes do postulado político democrático é outra das promessas não cumpridas da modernidade, restando sua radicalidade inicial corroída por diferentes mecanismos. Retomando Aníbal Quijano, a colonialidade do poder tem sido sua expressão máxima na medida em que entende o poder como dominação e qualifica-o como estratégico em sua modo racista, sexista e patriarcal-machista, cujas formas de atuação foram invasão, conquista, apropriação, opressão e uniformização das formas plurais de vida que existiam e existem em América.¹⁰ Para o constitucionalista argentino, o motor constituinte moderno / colonial tem sido modelada pelas elites associadas e dependente do imperialismo e neocolonialismo da Europa e Usa América.

⁷Gallardo, H., América Latina. Producir la Torre de Babel, San José, Editorial Arlekin, 2015, pp. 408 e 410.

⁸H. Gallardo, Siglo XXI, producir un mundo, cit., pp. 183-184.

⁹González Casanova, P., "La democracia de todos", Explotación, colonialismo y lucha por la democracia en América Latina, Madrid, Akal, 2017, pp. 503-504.

¹⁰Médici, A., op, cit., p. 140

Sistematicamente se tem aplicado um atraso, um enfraquecimento, um esvaziamento e um bloqueio contínuo da soberania popular, principalmente do bloco social dos excluídos e oprimidos, rechaçando a alteridade com os que não seguem as pautas e diretrizes do sistema hegemônico e homogeneizador que não apenas discrimina, mas também mata. Literalmente nos diz que "o nominalismo constitucional significou a legitimação dessas elites que, abusam e desusam de direitos e poderes sem obrigações e vivência com setores populares coloridos, sexuados e plurais de Nossas Américas para terem direito e tampouco para a existência de um sistema de garantias de poderes que busquem equilíbrio para evitar arbitrariedade. Na melhor das hipóteses, sua experiência constitucional foi a de um texto pedagógico simbólico para sua integração à nação monocultural e, sobretudo, para ter obrigações e sofrer desprezos¹¹"

c) *Governos de um, de poucos ou de demagogos, nunca de muitos ou de todos.*

Se unirmos as duas hipóteses, nos encontramos com outra realidade manifestada que desde a Grécia clássica se colocava. A partir da tipologia das distintas formas de governo, com Platão e Aristóteles e Políbio como referentes principais, a monarquia, a aristocracia e a democracia com suas respectivas expressões negativas e degenerada (tirania, oligarquia e democracia ou olocracia), historicamente tem sido os governos de “um” ou de “poucos” nos sistemas políticos que prevaleceram sobre o governo de muitos, próprio das democracias.¹² O controle exercido pelo poder político-institucional tem se desenvolvido mais por uma só pessoa (monarquia, ditadura) ou por uma minoria ou por poucos (oligarquia e/ou plutocracia, ou por demagogos). Este predomínio vem a manifestar toda relação de poder, surgindo conflitos entre diversos coletivos ou grupos e, neles, são os mais poderosos os que acabam por impor seus processos constituintes – que denominaremos instituintes – da vida social, econômica, política e cultural, em que pese as resistências que os enfrentam. Os avanços e êxitos surgem dessas disputas, protestos, enfrentamentos, lutas, revoltas, revoluções e mobilizações, mas, ao final, os que colocam as regras do jogo são os mais fortes e com a democracia e os direitos humanos ocorre o mesmo, por muito que se venda a ideia de consenso e igualdade social diante da lei. Eles estabelecem as condições: cedem, concedem, negociam, acordam e regulam, mas sem renunciar nunca para manterem seu domínio.¹³ Se as lutas populares avançam em conquistas, na maioria das vezes por processos

¹¹Ibidem, p. 197.

¹²Negri, A., op. cit.; y Canfora, L., El mundo de Atenas, Madrid, Anagrama, Madrid, 2014.

¹³Harman, C., La otra historia del mundo. Una historia de las clases populares desde la Edad de Piedra al nuevo milenio, Madrid, Akal, 2018.

revolucionários, ao final acabam sendo reapropriadas, resignificadas e modificadas pelas forças mais conservadoras.

As dinâmicas que incluem ou são de inclusão e as excludentes ou de exclusão se entrelaçam com as lutas e os enfrentamentos entre os “de cima” e os de “baixo”, com suas complexidades, contradições, particularidades e pluralidades, pois os contextos são múltiplos e as circunstâncias diferentes em cada lugar. Se na Idade Média, havia uma disputa entre senhores feudais, reis, papas e o mundo campesino, com a transição para a modernidade, é a burguesia a que entra em cena e, dependendo das circunstâncias, negocia, se articula ou se enfrenta com a monarquia, a nobreza e a igreja, e o mesmo o faz com os coletivos das classes populares (trabalhadores diaristas, sazonais, artesãos corporativos, trabalhadores pré capitalistas e operárias) usando-os e utilizando-os estrategicamente para acabar por desprezá-los.

A história está cheia de múltiplos conflitos, mobilizações, guerras e lutas por controle do poder político e econômico, assim como também, pelo reconhecimento de privilégios, expectativas e necessidades entre coletivos, grupos, estamentos, comunidades e classes sociais diversas, segundo cada etapa tanto do passado como do presente, que se agrupam em torno de critérios principalmente hierárquicos de riqueza e pobreza, mas também atravessados interseccionalmente¹⁴ ou heterarquicamente por critérios de dominação racial, etno-culturais e sexuais e/ou de gênero em função dos períodos históricos.¹⁵ Os binômios superior/inferior, forte/fraco, ganhador/perdedor exemplificam essas maneiras de hierarquizar a realidade dentro da qual se incluem as variáveis econômica, de raça e de gênero (classe operária e camponesa, mulheres, indígenas e minorias etno-culturais, gays, lésbicas, pessoas trans, imigrantes sem documentação).¹⁶

Em função do acima considerado sobre direitos humanos, a democracia e o poder constituinte, o medo do povo e dos falsos universalismos em termos fáticos, impossíveis de serem cumpridos, nos demonstra de que maneira a história no ocidente demonstra que sempre é uma minoria ou oligarquia, que embora em diferentes medidas sendo mais complexas, mais avançadas ou evoluídas, a que mais possui capacidade para nominar o mundo desde seus projetos de vida. No caso da modernidade Gonzalo Pontón, faz uma monumental exposição, descrevendo a estratégia

¹⁴Lugones, M., “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, n° 9, julio-diciembre, 2008.

¹⁵Grosfoguel, R., “La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales: transmodernidad, pensamiento descolonial y colonialidad global”, em De Sousa Santos, B. y Meneses, P. (edit.); *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Madrid, Akal, 2014.

¹⁶Lugones, M., op. cit.; Grosfoguel, R., op. cit.; Quijano, A., “Colonialidad del poder y clasificación social”, em De Sousa Santos, B. y Meneses, P. (edit.); *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, op. cit.; Dussel, E.; (1998), *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 2014.

multidimensional que a burguesia desenvolveu ao longo do século XVIII para iniciar e consolidar uma estrutura desigual nas sociedades, estabelecendo as bases de sua hegemonia para os séculos que se seguiram. Quando a essa burguesia interessou negociou ou lutou contra a nobreza, a igreja e a monarquia, e o mesmo fez com as classes populares com o único e principal propósito de tomar o poder e o saber (a ciência), para assim, dominar todas esferas econômicas, culturais, e sociais dando aval intelectual a desigualdade, e privando da alfabetização e ensino as classes populares (camponeses e trabalhadores) para impedir sua autonomia e mantê-las em um *apartheid* econômico sem possibilidade de ascensão social.¹⁷ Nos diz Pontón sobre a burguesia: “Todavia, a ‘nova espécie’ empreendeu uma luta pela desigualdade mais duradouras, e, a final, mais exitosa, que os velhos estamentos do Antigo Regime: a que enfrentou as classes subalternas as que haviam ascendido e que haveriam de ser, agora, seus vassallos como antes haviam sido dos senhores feudais, mas com mudanças fundamentais na maneira, forma e linguagem: agora os “comuns-servos” estariam livres para contratar sua força de trabalho com a nova classe dirigente. Se iniciava, assim, um novo avatar do capitalismo, agora como sistema social e forma de vida que excluía toda alternativa”.¹⁸ Como nova classe social empoderada, a burguesia levou à cabo uma revolução de tal nível que conseguiu reconfigurar a sociedade medieval e seus imaginários, reorganizando a totalidade de estruturas e relações sociais no campo socioeconômico, político e cultural.¹⁹ A burguesia, junto com os distintos agentes, grupos e membros que lhe foram conformando e dando complexidade que chegou ao contexto atual de globalização, empreendeu o que nenhum outro grupo ou classe social conseguiu em que pese as tentativas. O certo é que houveram avanços nos espaços da igualdade e liberdade, porém sob as regras do jogo do grande capital e seus atores instituintes.

Por todas essas razões se culmina com a seguinte afirmação: a cultura ocidental, com a modernidade em confluência com o capitalismo, tem um modo de classificar, ordenar e organizar a realidade de maneira desigual e assimétrica, sob falsos universalismos que se assentam sobre sociabilidades racistas, sexistas, patriarcais e classistas. Desde tal cultura, de maneira intencional, participa e aprofunda a fratura abissal entre o que se diz e o que se faz sobre direitos humanos, democracia, constituições, poderes constituintes racionalidades, espiritualidades e consciências. Seus discursos e práticas se movem através de abstrações que reconhecem a dignidade humana de todos seres humanos sem atributos, porém sobre a trágica e suspeita de exclusões cotidianas

¹⁷Pontón, G., La lucha por la desigualdad Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII, 4ª edición, Barcelona, Ediciones de Pasado y Presente, 2018, p. 483.

¹⁸Ibídem, p. 19.

¹⁹Noguera, A.; La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo, Madrid, Trotta, 2019, p. 16

marcadas por particularidades como a nacionalidade, o racismo, o sentido de pertencimento, a condição de classe, a defesa do direito de propriedade de maneira ávida e absoluta, o machismo e o conceito de cidadania. Por isso, concebe o humano e o popular em função do modelo que lhe parece mais digno e merecedor de ser reconhecido com dignidade real e efetiva. O que faz tanto a nível interno, “portas a dentro”, como a nível externo, porém nesse caso de forma mais acentuada e intensa. O Ocidente trata o outro, o estrangeiro ou o estanho, com um grau de desigualdade maior que é estabelecido internamente no interior de suas fronteiras com seus cidadãos. O modo hierarquizado como organiza o poder, o fazer, o ser e o saber por razões de classe, de raça, de etnia, etária e de gênero a seus nacionais, o acrescenta, incorporando novas assimetrias das “portas de fora”, que considera não ocidentais e pertencem a outras culturas, e, sobretudo, são pobres. A discriminação, a marginalização e inferiorização através da divisão social, cultural, racial, etária, territorial, de classe e étnica tanto do fazer, como o poder do ser e do saber humano se constrói estruturalmente com os que são considerados ocidentais ou afins e os que não o são condicionalmente ou de maneira deficiente.²⁰ Sobre essa ideia se tem aprofundado o pensamento de libertação e o pensamento decolonial desde os múltiplos olhares e a eles nos remetemos.²¹

3 RELAÇÕES HUMANAS E TRAMAS SOCIAIS

Antes de nos determos na relação de definições analíticas que giram em torno do poder constituinte, vamos considerar a dimensão materialista e sócio histórica da realidade, marcada e construída sobre relações e inter relações humanas. Desde tais relações há que se elaborar categorias analíticas que iremos propor. Se algo caracteriza o humano é sua dimensão relacional e intersubjetiva com as quais nasce, cresce e morre. Como assinala J. Herrera, a cultura é um processo contínuo de reação frente e em dentro de entornos relacionais. O fazemos conosco, com nossos semelhantes e com a natureza animal e vegetal nos contextos e espaços sociais diversos.

Mesmo assim, seguindo a H. Gallardo²², as relações humanas, ainda que possam existir outras tipologias, podem desenvolver-se através das seguintes dinâmicas ou lógicas: a) de emancipação e libertação e b) de dominação e império.

²⁰Sánchez Rubio, D., Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación, Madrid, Akal, 2018.

²¹ Quijano, A., op. cit.; Dussel, E., op. cit.; Lugones, M., op. cit.; Grosfoguel, R.; op. cit., De Sousa Santos, B., El fin del imperio cognitivo, Madrid, Trotta, 2019.

²²Gallardo, H., Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos, Murcia, Imprenta Francisco Gómez, 2008.

- a) As dinâmicas de emancipação se estabelecem através de relações nas quais os seres humanos se tratam entre si como sujeitos, reciprocamente e de forma horizontal, solidária, de acompanhamento, colaborativo e de respeito. Estas lógicas permitem ao ser humano viver e lhe é possibilitada a capacidade de dotar de sentido a realidade e de construir e desconstruir mundos, em condições de igualdade, de não violência e de dependências gratificantes, não entendidas como subordinação, mas como fontes de crescimento e enriquecimento mental espiritual e corporal mútuos.
- b) Inversamente, as dinâmicas ou lógicas de dominação e império são aquelas que estruturam relações em que os seres humanos são discriminados, inferiorizados, marginalizados e/ou eliminados, sendo reduzidos a “nada” ou considerados objetos. Nelas, se perde a solidariedade, o acompanhamento e a horizontalidade e se estabelecem processos hegemônicos e hierárquicos colonizadores, em que tudo é manipulável e prescindível a partir da superioridade de uns sobre outros e sobre a natureza. Se potencializa a desigualdade e a violência. Os motivos podem ser por distintos ou os tipos de sujeição baseados em raça, gênero, classe social, idade ou espiritualidade religiosa.

Mesmo assim, em outro plano, mas muito relacionado ao anterior, o cientista chileno Humberto Maturana interpreta a biologia pelo que denomina o amor e, em concreto, a segunda dimensão das duas dimensões da existência que possuem os seres vivos: 1) a primeira é sua fisiologia, anatomia e estrutura; 2) a segunda é sua relação com os demais sua existência como totalidade, que nos seres humanos se particulariza no dialogar, em entrelaçamento da linguagem e a emoção, como um viver em harmonia.²³ Nessa rede de comunicações e relações consigo mesmo e com seus semelhantes (ou com os outros ou demais) e com a natureza, as culturas humanas, ao longo da história se desenvolveram dois modelos distintos: a) um patriarcal (que não se associa unicamente ao masculino), nascido nos grupos humanos que viviam da criação de animais, com base na apropriação, violência, guerra, domínio e o controle com relações de hierarquia; e, b) outro matriarcal, próprio de culturas coletoras e agrícolas, mais marcados pelo sentido de cooperação, participação, ajuda mútua, não violência e relações horizontais.²⁴ Tanto a cultura patriarcal como a matriarcal chegam aos dias de hoje manifestando-se de distintas maneiras em cada contexto. Porém, a primeira se tornou dominante e hegemônica com o sistema econômico capitalista.

²³Maturana, H., (1991), El sentido de lo humano, Santiago de Chile, J.C. Sáez Editores, 1991, p. 23.

²⁴Ibidem, pp. 56 y ss. y 302-303.

Por outro lado, as relações humanas se organizam, canalizam e se reduzem através de uma série de mediações e instituições humanas sócio historicamente produzidas. No ocidente, o Estado, o Direito, a ciência, a ideia de contrato social, a igreja, a religião, os direitos humanos, a democracia, etc. são algumas das produções institucionais utilizadas, entre outras, para proteger, garantir a ordem e certeza, resolver os conflitos sociais, prevenir as ameaças, satisfazer as necessidades humanas, etc. As instituições se encarregam de regular o conjunto de processos relacionais que se desenvolvem nos grupos sociais, em uma comunidade ou em uma sociedade. A regulação pode estar imbuída de dinâmicas de emancipação, matriciais ou fraternas, quando mantém e abrem espaços de reconhecimentos como sujeitos diferenciados que participam de determinadas redes de relações, ou podem estruturar-se sob lógicas de dominação, patriarcais ou de império quando permitem que alguns seres humanos se comportem com os demais tratando-os como objetos, surgindo nestes casos, distintas formas de humilhação, abandono, desprezo e submissão.

Em relação ao que estamos expondo e afirmando, pensamos no ocidente que a vida das pessoas é regulada tanto de maneira emancipadora como imperialmente, tanto matriarcal como patriarcalmente, tornando-se hegemônica sua versão mais negativa, colonial e dominadora. Nesse sentido interpretamos Boaventura de Sousa Santos quando fala que o paradigma da modernidade se assenta sobre dois pilares inter-relacionados: o conhecimento-regulação e o conhecimento-emancipação.²⁵ Não obstante, nós mesmos matizamos esse dualismo pela tríade regulação-dominação-emancipação (libertação). Fica mais claro combinar dominação-emancipação relacionada com regulação e não como concebe Sousa Santos, relacionando o dualismo regulação-emancipação e sobre essa base introduzir o conceito de dominação. Consideramos que em todas as culturas se buscam canalizar, regular e ordenar as relações humanas com o objetivo de reduzir o caos (que não é negativo). As instituições se encarregam de regular e as distintas expressões do direito, seja estatal ou não são um exemplo. A chave de interpretação reside em saber se toda regulação sócio cultural se faz sob as dinâmicas de emancipação e libertação ou sob as dinâmicas de dominação e de império. A regulação não é negativa por si. Pode ser mais ou menos rígida ou mais ou menos flexível, mas é necessária. Efetivamente, tal como o delimita Boaventura de Sousa Santos, o conhecimento-regulação consiste em um estado de ignorância chamado caos, a um estado chamado ordem. Todas as formas de vida humana pretendem canalizar de alguma maneira ou outra as relações. O que verdadeiramente importa é o significado que se atribui a regulação e as dinâmicas que produz. Podem ser dinâmicas de dominação ou dinâmicas de emancipação-libertação, onde um estado de colonialismo caracterizaria a primeira, coisificando e tratando como objetos os seres

²⁵ De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente. El desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, pp. 86 y ss.

humanos e a solidariedade a segunda, tratando os indivíduos como sujeitos e de maneira fraterna. A regulação, a dominação e a emancipação junto com a libertação são entendidas como formas de conhecimento e, principalmente, como práticas ou tramas sociais. Tanto as instituições do Estado, do mercado e da comunidade podem ser implementadas colonial ou solidariamente, dominadora ou de maneira emancipadora. O mesmo ocorre com os distintos saberes ou formas de conhecimento (racionalidade estético-expressiva, a cognitiva-instrumental e a moral-prática que é própria da moral e do direito)²⁶.

Sem entrar em detalhe, B. Sousa Santos pensa que tanto a absolutização do mercado como a ciência ambas legitimadas através do direito como forma e instituições de ordenação, conhecimento e, juntamente com a tecnologia, instrumentos de manipulação e transformação do real, têm provocado um processo de colonização patriarcal, rompendo os vínculos de solidariedade e não de reconhecimento como sujeitos a antigos e novos espaços culturais e naturais, que vão sendo encontrados pelo caminho. De certa maneira, articulando relações de poder hierarquizadas, de dominação e de exploração que foram generalizando uma incapacidade de conceber ao outro como sujeitos. Porém, tem ocorrido o inverso, se tem ampliado o hábito e costume de colonizar e coisificar a experiência, tratando o diferente como objeto, seja sua condição de animal, vegetal e/ou humano. Pois bem, sobre estas bases de relações matriciais, de emancipação-libertação, fraternas, patriarcais, dominadoras e de império nos propomos a definir o poder constituinte e o poder instituinte em suas versões oligárquicas e populares. Tentaremos oferecer um caminho entre muitos outros, para focá-los segundo as sociabilidades, prática de relações, inter relações, inter subjetividades, diálogos e convivências sobre as que se movem as instituições e sustentam nossas identidades e subjetividades, dependendo de se cada ser humano é tratado como sujeito em sua pluralidade e diferença, apoderado, com auto estima e autonomia responsável e solidária, ou se é tratado como objeto, apropriável, dominado, humilhado, excluído, marginalizado, inferiorizado e subjugado.

Uma vez explicada a dimensão relacional da condição humana e suas dinâmicas, passamos a nos ater aos poderes constituintes e instituintes.

²⁶Ibidem, pp. 30-31.

4 NOÇÕES ANALÍTICAS PROPOSITIVAS

Em que pese a ambivalência e a multiplicidade de definições que existem em cada um dos conceitos analíticos, nesse artigo se darão noções gerais do poder constituinte e o poder instituinte fazendo-se algumas propostas para enfrentar as noções fictícias, limitadas, interessadas, segmentadas e reduzidas em relação ao poder constituinte que estão oficializadas e são predominantes, porém são expressões de construções ideológicas de uma elite oligárquica e de uma plutocracia que hegemoniza um sistema que discrimina e se assenta sobre uma desigualdade estrutural, vertical e excludente e que produz resistências e experiências de contrastes desiguais. Em que pese o fato de que quando se fala de poder, há que falar no plural, basicamente pretendemos torna-lo complexo um pouco, como objetivo de “cortar a cabeça do soberano” tanto como entidade única, singular e absoluta concentrada em um único sujeito, o Estado. Por isso, diferenciaremos entre poder constituinte popular-participativo e outro poder constituinte oligárquico-plutocrático e também iremos diferenciar entre os poderes instituintes populares-participativos e poderes instituintes oligárquico-plutocráticos.

4.1 Poder constituinte na cultura jurídica constitucional oficial

Em princípio, poder constituinte significa o sujeito ou ator social, seja popular (democrático, participativo e de muitos) ou demagógico, oligárquico e / ou plutocrático (de poucos), bem como os dispositivos de poder implementados por esses agentes, que expressam a capacidade de caracterizar, afetar e controlar as instituições estatais encarregadas de regular, gerir e administrar a coexistência dos membros de uma sociedade de acordo com seus interesses.

Para o poder constituinte popular, os interesses serão determinados pelo reconhecimento dos direitos humanos, pela distribuição igualitária do poder, pela luta contra a desigualdade, pelo bem comum inclusivo, pela satisfação das necessidades que tornam uma vida digna de ser vivida e por um mundo em que todos se encaixam. Os ambientes e práticas relacionais são de cortes matriciais, fraternos, de emancipação e libertação, sempre abertos e não fechados. Em vez disso, os interesses dos poderes constituintes oligárquico-plutocráticos seriam concretizados na estruturação vertical do poder, no mal comum para a maioria e no bem comum exclusivo e para uma minoria, e na distribuição desigual de bens materiais e imateriais com os quais são satisfeitas

as necessidades humanas que são possíveis em um mundo onde apenas alguns se encaixam. Os ambientes e práticas relacionais são segmentos patriarcais, colonizadores, de dominação e império e são fechados e não abertos.

Em nosso contexto cultural, a moderna teoria política e jurídica centraliza o poder constituinte no povo como protagonista principal, como legítimo proprietário e soberano no processo de estabelecimento, consolidação e desenvolvimento das instituições dos estados nacionais, que, através de uma constituição, se tornará os órgãos encarregados de regular nossa coexistência política, legal e economicamente, obedecendo aos limites, proibições e obrigações estabelecidas pela norma fundamental. Uma vez estabelecidas as instituições estatais, a produção dos processos culturais será suportada pelos aparatos estatais e pelos representantes do povo. Pelo menos em teoria ...

A estrutura do poder constituinte em suas origens é o estado nacional e, por esse motivo, consideramos que apenas o poder constituinte está localizado em relação à instituição do Estado com os propósitos e objetivos que cada tipo de poder pretende, apesar do fato de que, no atual contexto de globalização, a noção de soberania estatal está em crise, pois perde sua centralidade e o monopólio da lei. Muitos são os atores que, nos níveis supraestatal e infra estatal, descentralizam a hegemonia do Estado e a questionam, formando uma ordem policêntrica de muitas autoridades que disputam os poderes político, jurídico e econômico, abandonando o paradigma monístico da lei e impondo explícita situação do pluralismo jurídico. O Estado deixa de ser o único poder supremo diante do surgimento de outros atores com soberania não estatal.²⁷ Por esse motivo, há quem acredite que o mundo global exija um novo sujeito constituinte que seria a humanidade como espécie, como novo sujeito legitimado para estabelecer as bases de uma constituição global capaz de limitar e controlar esses múltiplos poderes supraestatais e infra estatais²⁸, mas nesta discussão não pararemos agora.

As razões para a ação do poder constituinte geralmente designam um evento revolucionário, uma exceção à ordem legal que *ex nihilo* expressa uma nova ordem política. Em geral, uma assembleia ou convenção constituinte será responsável por estabelecer a constituição com a qual as instituições do sistema governamental representativo e do estado exercerão de forma delegada a soberania popular com suas ações.²⁹ Não é por qualquer outro motivo que encontramos

²⁷ Noguera, A., op. cit., pp. 9 y 31; y González Ordovás, M^a J., Esbozo de una teoría imperfecta del derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización, Barcelona, Atelier, 2018.

²⁸ Ferrajoli, L., Constitucionalismo más allá del estado, Madrid, Trotta, 2018.

²⁹ Hardt, M. y Negri, A., Asamblea, Madrid, Akal, 2019, p. 62.

a matriz do poder constituinte no âmbito dos processos revolucionários americano e francês do final do século XVIII, tendo entre um de seus principais antecedentes a teoria da soberania de Jean Bodin, quando ele confere ao Estado absolutista (monarquia) o poder absoluto e perpétuo de criar e remover leis, sendo esse poder único, irrepetível e indivisível e, portanto, incompatível com outros poderes. A diferença entre essa posição e a teoria moderna é que, para esta, a soberania é transferida do monarca para o povo³⁰ sendo Francisco Suárez, entre outros, um de seus antecedentes mais significativos. É com o abade Emmanuel Joseph Sieyès que é feita uma distinção expressa entre poder constituinte e poder instituído, e essa distinção continua até hoje. O primeiro tem a função de redigir e estabelecer o segundo por meio de um texto constitucional ou norma suprema. O principal objetivo do poder constituinte do povo seria ditar uma constituição, por meio de uma assembleia, para estabelecer os princípios, órgãos e poderes que devem governar as ações do Estado e de todas as suas instituições, além dos direitos que eles devem respeitar e garantir.³¹ Isso se tornaria a expressão da maneira pela qual uma comunidade ou povo decide se organizar politicamente e ser ordenada legalmente através de uma constituição, delegando aos poderes constituídos que pertencem ao Estado (os poderes legislativo, executivo e judicial). O povo, entendido como uma unidade política, expressaria sua vontade de estabelecer uma constituição que estabeleceria a ordem política fundamental do Estado de Direito³², mas agora administrada pelo poder constituído ao qual é delegado o poder original e fundador do povo. Nos casos em que o princípio da legalidade e o poder legislativo prevalecerem, este será o seu representante e o proprietário do instituto. Por outro lado, nos estados de direito constitucionais, a constituição será a norma suprema a que todos os poderes públicos e privados devem obedecer e cumprir.

O que estamos interessados em destacar agora é que a cultura jurídica e política, quase aceita como dogma latente ou permanente que a prática do poder constituído, também chamada poder constituinte derivado ou poder reformista, é a que sempre atua em nome do poder constituinte. Seria o poder legislativo ou parlamentar que ocupa o papel do texto constitucional de realizar qualquer modificação com possível aval popular ou não, dependendo do caso, mas sob a supervisão do judiciário e / ou dos tribunais ou cortes constitucionais, em caso de conflitos de interpretação jurídica. Dessa forma, o poder constituinte permanece em um simples ato original e fundador que desaparece no momento em que o poder constituído é ativado, que começa a administrar, interpretar, organizar a ordem política, econômica e social. Do ponto de vista jurídico, a lei é

³⁰ Noguera, A., *El sujeto constituyente*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 34-35.

³¹ Belandria García, J.R.; “Prólogo”, en Sánchez Lora, J.C., *El poder constituyente en la era de la globalización de los derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 19.

³² Sánchez Lora, J.C., *op. cit.*, p. 103.

interpretada como um direito objetivo, neutro, imparcial, universal e igual para todos. As instituições, com seu pessoal burocrático e funcionários, serão responsáveis pela interpretação e aplicação das normas.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli, representante máximo do garantismo jurídico e do modelo de democracia constitucional, afirma que o poder constituinte não existe se não estiver no exercício concreto e se esgotar ali mesmo.³³ Ele faz uma pausa no pacto nos limites de qualquer autoridade por ele constituída assim como se submete a ele, uma vez estabelecido. O poder constituinte só é fundador e deixa de agir quando a constituição e os poderes constituídos assumem seus mandatos, suas proibições e suas obrigações. Não há poder que não tenha limites.³⁴ Embora nos Estados de Direito seja o Poder Legislativo o qual adquire um papel maior, com o estado de direito constitucional é a constituição sob a proteção do judiciário que estabelece a esfera do indecível ou daquilo que não deve ser decidido (direitos de liberdade e autonomia), e a esfera do indecível, que não é ou que não deve ser detida (direitos sociais).³⁵ A principal razão é que o poder da maioria, nem qualquer tipo de poder, constituinte ou constituído, pode agir contra a democracia e os direitos fundamentais reconhecidos pela constituição. Portanto, não há poder sem limitações e o poder constituinte os possui pelo pacto constitucional que legitima e concorda.

4.2 Uma proposta crítica: poder constituinte popular-participativo e poder constituinte oligárquico-plutocrático

A partir desse imaginário, o poder constituinte deixa de ter destaque quando os poderes constituídos do próprio Estado entram em ação. Eles serão os que cumprirão o mandato constitucional acordado na norma fundamental ou suprema com seu procedimento, seus direitos e seus princípios. No entanto, existem posições contrárias. Entre elas, o chamado constitucionalismo democrático³⁶, que se opõe com o argumento de que o poder constituinte permanece o tempo todo, porque, na realidade, existe uma dialética constante entre o poder constituinte e o poder constituído. Não se pode prescindir do outro, no sentido de que não são contrários, são necessários e se complementam porque o poder constituído é uma parte essencial da ação constituinte que determina as condições com as quais o poder constituinte pode constituir

³³ Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos* Madrid, Trotta, p. 79.

³⁴ Redondo, M^a.C., “El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica”, en *Doxa*, 34, 2011, pp. 250-251.

³⁵ Ferrajoli, L., op. cit., p. 54, y *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

³⁶ Martínez Dalmau, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115 y ss.

e concretizar a regulação que ele quer implementar socialmente e se desenvolver com os direitos constitucionalmente objetivos, que não são apenas garantidos pelo Estado, mas também com as ações de controle democrático popular, vigilância e supervisão. Como o povo é a força soberana onde reside o poder constituinte, os sistemas democráticos são aqueles que permitem a presença de diferentes tipos de participação popular que estão presentes e se manifestam nos instituídos. As constituições servem como um instrumento de autodeterminação popular e sua origem democrática permite que a vontade do poder constituinte democrático seja constantemente expressa, estabelecendo valores, determinando direitos, impondo obrigações e organizando o poder público. A dialética constituinte construída sobre a assimilação indissolúvel entre pessoas, poder constituinte e soberania, manifesta a inter-relação entre processos constituintes e processos intermediários constituídos que se desdobram em constante transição, pois é um processo permanente orientado pela melhoria das condições de vida da população (reconhecendo seus direitos e satisfazendo suas necessidades), através de mecanismos democráticos e participativos.³⁷

Embora estejamos de acordo com as abordagens da democracia constitucional, acreditamos que a realidade das potências constituintes é um pouco mais complexa, pois é necessário tornar visíveis todas as relações de poder que ocorrem dentro e, também, fora ou dentro do espaço adjacente do Estado e que acabam influenciando e afetando suas estruturas. Por esse motivo, a capacidade constituinte de estabelecer as condições constitucionais que o Estado deve obedecer e implementar é complementada por uma força instituidora de diferentes atores e agentes que excede o Estado e atua dentro e fora de suas esferas institucionais.

Podemos ver isso melhor com a distinção que Gerardo Pisarello faz quando prefere falar de processos constituintes democráticos e processos constituintes oligárquicos para se referir à dialética histórica que ocorre entre esses dois processos e ao grau de avanço ou recuo democrático estabelecido entre eles. Existe um conflito recorrente e cíclico entre processos constituintes populares, participados de baixo (*ex parte populi*) e processos constituintes oligárquicos, dirigidos e controlados de cima (*ex parte principii*). Alguns desconstituem outros de acordo com períodos históricos.³⁸ O próprio constitucionalista argentino-catalão alerta para o declínio que os estados de direito constitucionais e democráticos sustentaram após a guerra pela ofensiva dos poderes oligárquicos formados pelos atores que acumulam poder econômico, financeiro, político e midiático, por meio de processos desconstituintes das conquistas dos estados de bem-estar social

³⁷ *Ibidem*, pp. 118-119.

³⁸ Pisarello, G., “Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo” (2014), en Martínez Dalmau, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014., p 33.

no campo dos direitos sociais e da representação democrática, exemplos como a consolidação do Consenso de Washington, as políticas de R. Reagan e M. Thatcher, a privatização e à deriva monetarista da UE e o Acordo Multilateral de Investimentos (AMI). A rebelião das elites estabelece sua própria constituição econômica global que atua através da OMC e da *lex mercatoria*, priorizando o rol totalitário do mercado e do capital sobre os direitos humanos em geral e os direitos sociais em particular, além de os mecanismos democráticos dos governos parlamentares reduzidos a uma expressão mínima.³⁹ A força instituidora das potências oligárquicas pode manipular conquistas constitucionais e não apenas afetá-las e modificá-las de acordo com seus próprios interesses, mas também gerar regulamentos e sistemas normativos paralelos aos dispositivos de estado. Voltaremos a isso na próxima seção.

Mas o que queremos agora reiterar é que, quando se fala em processos e poderes constituintes, o foco está na estrutura do estado nacional e no pacto que deve ser feito. A dialética entre poder constituinte democrático e poder constituinte oligárquico nos ajuda a entender melhor como a história das constituições está cheia de processos em que existe uma correlação de forças entre classes ou grupos conflitantes que disputam o poder do Estado. Segundo Albert Nogueira, o constitucionalismo seria um sistema de ordenação de relações entre dominantes e dominados, mas com a peculiaridade de que não é controlado pelos mais fortes. A diferença é que a distribuição de recursos, bens e oportunidades é ordenada por meio de limites e de um sistema organizado que regula as relações dos dominadores e dos dominados, mas oferecendo maiores possibilidades e opções aos últimos.⁴⁰

Por esse motivo, Ferrajoli considera que as garantias legais e os estados de direito constitucionais são apresentados como a lei dos mais fracos, em oposição aos mais fortes. Contudo, consideramos que este é um ideal que não existe na realidade do sistema capitalista, porque sua esfera de ação excede a dimensão estatal e constitucional e, além disso, é difícil para um sistema jurídico e institucional ressignificado e sustentado pela burguesia dizer que serve de garantia para os mais fracos, quando a classe burguesa nunca foi fraca em sua capacidade de estabelecer os estados nacionais em sua luta contra senhores feudais, reis e papas, e como os concebemos na estrutura ou contexto do sistema econômico e cultural capitalista predominante. Por essa razão, ressaltamos que, após a modernidade, não houve uma classe ou grupo social que estabeleceu um sistema que não fosse a ordem burguesa, equivalente à ordem econômica, política e cultural que o

³⁹ Pisarello, G, Un largo Termidor..., cit., pp. 169 y ss., y 179 y ss; también en Pisarello, R., “Democracia y proceso...”, cit., pp. 32-33.

⁴⁰ Nogueira, A., La ideología de la soberanía, op. cit., p. 80.

capitalismo instalou após a ordem medieval. A burguesia, com o capital e suas diferentes expressões comerciais, empresariais, financeiras e tecnocráticas é um poder instituinte que confronta o poder instituinte popular e que, no âmbito dos estados nacionais e em outros perímetros e áreas externas, está associado a outros atores políticos para buscar um consenso que consolide seus projetos de vida, e instituindo, como veremos na próxima seção, eles são prolongados e / ou transformados em poderes constituintes e constitucionais que disputam com o poder popular os métodos de ação social, o sistema da divisão social do trabalho, o sistema de valores, identidades, racionalidades e sociabilidades que devem ser dirigidas pelos estados dentro da estrutura constitucional.

Nesse sentido, C. Laval e P. Dardot nos alertam para a nova razão do mundo, do domínio e controle absoluto do capital sobre nossas vidas em todas as partes do corpo, mente e espírito. O neoliberalismo, como expressão da nova fase do capitalismo, ameaça toda a humanidade e a natureza e depende da expansão de uma nova subjetividade e racionalidade contábil em uma escala mundial com a qual a competição como norma de conduta e a generalização de empresa como modelos de subjetivação. Até sua força faz com que o Estado se torne sua mão direita para tornar o público uma propriedade da administração privada.⁴¹

Em termos mais claros e concisos, os poderes constitucionais populares e oligárquicos-plutocráticos seriam a expressão dos poderes instituidores populares e oligárquicos, definidos na próxima seção, que se manifestam nos processos de institucionalização e estabelecimento de uma constituição dentro da estrutura dos estados nacionais. Portanto, com base em nossa definição, distinguiremos entre um poder constituinte participativo popular com o qual o povo está democraticamente presente no processo de formação de sistemas políticos e outro poder constituinte oligárquico-plutocrático (devido ao dualismo rico / pobre) que enfrenta, limita, controla e interrompe as pessoas nesses mesmos processos. Por esse motivo, o poder constituinte só é referido, em ambos os casos, aos atores e agentes que participam dos atos de conformação das constituições e das instituições responsáveis por aplicá-las (poderes constituídos) e ao projeto social e ao programa político e econômico deseja traduzir nas constituições, após processos revolucionários ou processos mais ou menos pacíficos de mudança de sistemas governamentais. Embora o povo político geralmente deixe de fora boa parte do povo real, o poder constituinte popular refere-se à dimensão participativa do povo que foi refletida no mais alto grau possível ao longo de sua história (e que chamamos de poder instituinte popular) cujos objetivos são a garantia de direitos humanos, políticas distributivas, participação democrática e luta contra a desigualdade a partir de uma consciência do comum, mas que ocorre apenas raramente e que são cortados e

⁴¹ Laval, C y Dardo, P., *La nueva razón del mundo*, Barcelona, Gedisa, 2013, p.15

reduzidos no âmbito dos estados nacionais, uma vez que os mecanismos de representação diminuíram a presença e a intervenção do povo real, o que, de fato, não é o poder capaz de coagir por meio da força nem o poder capaz de organizar e administrar a sociedade matricial e emancipativamente, trabalho que permanece nas mãos do poder constituído controlado por poucos (poderes instituidores e constituintes oligárquicos). Além disso, juntamente com o poder constituinte formalmente reconhecido pelo povo, materialmente aqueles que agem estabelecendo e impondo as condições de consenso e o pacto social são os poderes instituidores oligárquicos, formados por elites econômicas, políticas, comerciais, religiosas e militares, que estão instituindo antes que o novo pacto constitucional e os poderes constituintes se associem, negociem e / ou influenciem quando afetam o conteúdo das ações e interpretações implementadas pelos poderes constituídos, diminuindo a participação democrática, as garantias dos direitos e as políticas distributivas e favoráveis de igualdade na diferença.

Nessa perspectiva, o povo é ficticiamente soberano, a propriedade simbólica do povo como soberano legítimo é factualmente falsa antes, durante e após os processos de institucionalização dos poderes constituídos, porque sua força cultural não é verdadeira nem real e, portanto, reflete-se materialmente e no nível dos fatos, através do controle dos poderes instituidores oligárquicos e plutocráticos que determinam a direção dos processos constituintes e as regras do jogo que os poderes constituídos não podem afetar ou modificar. O povo tem seus representantes, mas o instituto oligárquico exerce pressão e condiciona aqueles que estabelecem as condições e o conteúdo das ações institucionais. Esses representantes que são coerentes, relacionam e acompanham o poder popular, mantêm a condição constituinte face-a-face do povo que, nos sistemas democráticos, pode resistir e questionar os poderes estabelecidos, combinando a dimensão constituinte com a instituidora que, neste caso, descrevemos como popular participativa. Também deve ser levado em consideração, de maneira sistemática, principalmente, que uma vez estabelecidas as revoluções burguesas que originaram o primeiro estágio do constitucionalismo, a democracia e o poder popular foram submetidos a um projeto de controle não apenas, como diz Negri, da ciência jurídica⁴², mas também em um nível mais estrutural, através dos poderes oligárquicos que, por tradição, têm um medo e suspeita ancestral do que é popular, já discutido acima. Com o tempo, políticas sucessivas foram desenvolvidas para limitar, cortar, dividir e enfraquecer as pessoas. A lei e a representação política têm sido dois dos principais instrumentos para domesticar sua força criativa e transformadora em contextos relacionais. A dimensão delegada

⁴² Negri, A., op. cit., p. 20.

e instituída do poder governamental e político acaba roubando e expropriando o poder soberano das maiorias populares, que perdem o protagonismo direto de significar e dotar suas próprias produções, de fazer e desfazer mundos.

Não surpreende que Sieyès enquadre a soberania do povo na soberania nacional, sendo a nação a melhor expressão do que o povo é, sob a igualdade de direitos do corpo de cidadãos e contrária a qualquer tipo de privilégio que até então tinha nobreza, monarcas e igreja. Em outras palavras, associando o povo à nação, exige que representantes legítimos do povo expressem sua vontade através de uma assembleia Nacional Constituinte encarregada de preparar uma constituição. A nação é a entidade soberana e o sujeito titular do poder constituinte. Serão os representantes eleitos do parlamento ou da assembleia que exercitarão e concretizarão a autoridade da nação, assim como aqueles que organizarão e estruturarão o estado através da constituição.⁴³ Além disso, com o conceito de nação, o poder do povo se restringe apenas àquela parte com consciência e capacidade (mental e econômica) de agir politicamente, pois Sièyes desconfiava do povo comum ou da classe baixa, como um bom teórico da burguesia ascendente.⁴⁴

Também não podemos nos surpreender que essa falsa propriedade do povo soberano com Sièyes não apenas apareça, mas também se manifeste nas disputas dos pais fundadores da independência americana quando, no final, as posições liberais de Hamilton e Madison prevaleceram sobre as republicanas de Jefferson e Thomas Paine. Os primeiros, que desconfiavam da vontade popular e do autogoverno coletivo, a peneiraram, expressando-se através do sistema de representação e priorizando a autonomia individual, com controles internos e contra-majoritários. Os segundos, por outro lado, eram a favor do autogoverno coletivo, de uma maior presença cidadã com controles populares externos, embora entendessem que, como a democracia direta era impossível, a representação era um mal necessário. Finalmente, no nível oficial e na política real, o sistema de democracia representativa contra-majoritária foi imposto e acabou sendo estabelecido⁴⁵, chegando aos nossos dias.

A força simbólica do dualismo de poder constituído / poder constituinte aparece como um dos instrumentos estratégicos usados para roubar aos cidadãos o papel constitucional e protetor dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais. Também serve como um dispositivo através do qual as políticas institucionais do mundo dos negócios ressignificam normas

⁴³ Sánchez Lora, J.C, op. cit., pp. 83-85.

⁴⁴ Pisarello, R., “Democracia y...”, cit., p. 42.

⁴⁵ Gargarella, R., La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Buenos Aires, Katz Editores, 2014, pp. 113 y ss.

constitucionais. Em ambas as situações, permite a consolidação da hegemonia da delegação imaginária do exercício do poder e da reivindicação dos direitos de formar cidadãos servos e obedientes. Se o poder constituinte (classificado como popular) é concebido apenas como um poder fundador e original e não permanente no sentido instituinte que defendemos, torna-se uma instância subordinada ao poder constituído, que se torna o administrador legítimo do poder da ordem e gerente do consenso obtido anteriormente pelo poder constituinte. Agora, o poder constituído como poder institucionalizado e formalizado por meio de normas, leis, procedimentos, órgãos e instituições, está encarregado de dar voz às pessoas em um contexto em que o mercado e seus generais ditam as diretrizes e as condições que devem ser cumpridas. O mais curioso e surpreendente é que, por mágica, o poder constituinte popular desaparece e tudo se torna regulado e delegado por aqueles que são aparentemente esterilizados e expurgados das relações de poder que, apesar de tudo, estão sempre presentes. Por esse motivo, apenas a legitimidade democrática tem o que é protegido por formas constitucionais e padrões regulatórios. O formal se opõe ao material e as formas prevalecem sobre os conteúdos e práticas de múltiplos sujeitos. Ele acaba domesticando o poder popular e "a democracia cessa quando o povo perde sua dupla possibilidade, a de intervir como poder constituído, desafiando a estrutura institucional e, especificamente, o poder de manter vivo seu poder constituinte (instituinte para nós), apesar da institucionalidade".⁴⁶

A armadilha surge quando se esconde o que está por trás, uma ficção mentirosa que tenta legitimar os sistemas constitucionais e democráticos de direito sob aparente igualdade e liberdade abstrata e inclusiva, mas cuja prática estrutural é exclusiva, desigual e assimétrica. Não é que o poder constituinte desapareça após a institucionalização constitucional dos estados, mas permaneça implícito, camuflado e silencioso como um poder instituidor oligárquico e dominante que atua fora e dentro das instituições de acordo com suas estratégias e cantos e diminui os poderes instituintes populares. Dessa forma, em um nível geralmente aceito, o poder constituído se baseia em bases de representatividade e legitimidade consensual que também são falsas, uma vez que o poder constituinte original que funda a ordem constitucional ainda está presente de maneira conflituosa, dinâmica e ativa, em sua versão dupla do poder instituinte popular e do poder oligárquico instituinte. E o faz com base nos dois poderes constituintes que conflitam entre si para estabelecer o pacto constitucional e seu desenvolvimento: um poder constituinte popular e outro poder constituinte oligárquico, mas, infelizmente, é o último em sua versão instituidora que quase sempre impõe porque tem mais capacidade hegemônica, de dominação e de imposição de seu método de

⁴⁶ Sanín Restrepo, R., *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant Lo Blanche, 2014, pp. 175 y ss.

ação social dominante. A força instituidora popular é mais fraca e apresenta muitas dificuldades em sua articulação. Ambas as potências permanecem em uma luta baseada nesse modo dualista de dominar a realidade entre superiores e inferiores, e que aquelas de cima (poderes excludentes oligárquicos) implantam-se estruturalmente, e aquelas de baixo (poderes populares de inclusão e libertação) tentam confrontar e se transformar com seus pontos fortes e fracos, com suas luzes e sombras. Surge um conflito entre os dois poderes por ter a capacidade de significar e dar sentido às normas legais e toda a ordem instituída que é supostamente estranha às ideologias e à afetação política, ao passar por esses conceitos de direitos humanos e democracia, reduzida e simplificada do horizonte da modernidade, baseada em inclusões abstratas, corre o risco de ser significada e apropriada por aqueles que têm mais força e capacidade de hegemonia. E é essa dimensão à qual se refere o conceito de instituir poder que vai além da soberania do Estado e de suas instituições.

4.3 Poder instituinte popular e poder instituinte oligárquico

Com base no que foi dito até agora, entendemos o poder instituinte como aquela dimensão da ação humana e da produção simbólica, que atua fora e dentro das esferas do estado e se encarrega de estabelecer o método de ação social, subjetividades, identidades e sociabilidades que reforçam e consolidam a dinâmica e a lógica de acordo com os interesses do povo ou dos grupos dominantes e que se projetam sobre os poderes constituintes sobre o pacto social desigualmente consensuado, sejam populares ou plutocráticos e oligárquicos. Os poderes instituintes se vinculam às dinâmicas, lógicas e processos de significado da realidade fora e dentro das instituições, no mundo da privado e também público estadual, público não estatal e comum. Da mesma forma, os poderes instituintes são os atores e agentes sociais que nomeiam, significam e dão conteúdo à realidade, criando e produzindo cultura, bem como o sistema de crenças ou *etos* social, comportamentos, usos e hábitos sociais, a opinião pública, a identidade nacional e o sentido de humanidade. Além disso, o poder instituinte passaria a determinar o conteúdo relacional prático, da ordem da convivência diária e cotidiana que orienta o significado das tramas sociais sobre as quais se desenvolvem as instituições sociais e e que enquadram os contextos dos poderes constituídos, embora eles também vão além do que é regulamentado pelo estado. Assim como acabamos de dizer, ele se move na esfera do privado, do público e do comum.

Um caminho explicativo possível para este “plus” que tem os poderes instituintes em face dos poderes constituídos, é o que podemos verificar na diferença que a teoria constitucional e o

pensamento político fazem, desde as revoluções modernas, entre o poder ou processo constituinte formal, refere-se à alteração das leis consideradas fundamentais ou de constituição escrita e o processo constituinte material, com o qual são repensados certas relações sociais, econômicas, políticas e culturais básicas, sendo de um caráter estrutural⁴⁷. Podem servir de exemplos a revolução russa contra o regime czarista e a transição de um sistema ditatorial para um sistema democrático com suas nuances, como foram os casos da Alemanha após a Segunda Guerra Mundial com a derrota do nacional-socialismo e o pacto entre as potências aliadas e, além disso, o que aconteceu na Espanha após o regime de Franco. Tem que haver uma força social ou várias, que permitem transformar uma ordem social e política em substituí-la por outra. Em todos esses exemplos, o poder popular não era o verdadeiro protagonistas, exceto na Rússia durante os primeiros anos revolucionários, mas sim certos grupos de poder e líderes que falaram em seu nome, contudo, enfraquecendo sua autonomia e capacidade. Juan Ramón Capella nos fala do poder cultural que condiciona o ser humano como membro de uma família ou agrupamento humano com o sistema de crenças e a linguagem preexiste e impõe. Esse poder cultural tem um poder diferente, o poder político, que tem a capacidade de organizar e gerenciar a sociedade e não apenas de exercer força e coerção. A combinação de ambos se denomina poder instituinte e é responsável por modelar as crenças das pessoas. Existem sociedades que eles se apegam ao que é instituído e tentam a todo custo impedir que ocorram mudanças sociais, mas há outras que questionam aspectos do instituído e tentam alterá-lo, modificá-lo ou substituí-lo. Eles se dotam de poder instituinte. Embora o debate entre o poder instituído e o poder instituinte seja complexo, é protagonizado por pessoas que são agentes e atores dos processos que desenvolvem⁴⁸.

Esse poder instituinte mencionado por J.C. Capella e que tem capacidade de criar cultura e significar o sistema de crenças de uma sociedade é o que está por trás dos poderes constituintes encarregados de estabelecer as constituições nos estados nacionais e aparece antes, durante e depois dos processos constituintes e desconstituintes da dialética constitucional. De acordo com esse raciocínio, Albert Noguera considera que “a constituição política não pode ser concebida como algo estranho à organização institucional, produtivo, internacional, econômico, distributivo, normativo e simbólico.”⁴⁹ Aqueles que têm mais força e riqueza em todos esses lugares ou espaços sociais, tem mais capacidade de afetar e estabelecer os requisitos dos poderes constituídos. As resistências à frente deles, geralmente vão para o lado do povo, mas sucessos e realizações populares são escassos, limitados, efêmeros ou limitados quando eles realmente agem de sua

⁴⁷ Pisarello, G., op. cit., p. 45.

⁴⁸ Capella, J.R., *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio*, Madrid, Trotta, 2019, pp. 101-102.

⁴⁹ Noguera, A., *El sujeto constituyente*, cit., p. 49.

autonomia e capacidade organizacional para estabelecer uma constituição, apesar de sua titularidade aparente e fictícia. A diferença é que esses assuntos constituídos por um conjunto de atores e grupos com seus sistemas relacionais, vão além da instituição do estado, movendo-se muito bem no mundo privado e atuando em posições estratégicas de privilégio político, embora para eles o estado seja um instrumento estratégico fundamental para o controle do poder social, político, econômico e cultural. Porque as relações de poder se desenvolvem em todas as esferas e espaços sociais, não ocorrem apenas no aparato estatal. As correlações de força aparecem nas esferas pública e privada. Para estas razões, da nossa posição, pensamos que devemos distinguir entre um poder constituinte em suas duas versões, popular e oligárquica, que são explícitos, e um poder instituinte, que é implícito, e também tem suas duas versões, uma de caráter popular e outra de caráter oligárquico, que são as que eles realmente espalham e distribuem hábitos, comportamentos, identidades e subjetividades mais relacionadas aos seus interesses. A teoria constitucionalista se fixa apenas na dimensão formal do poder constituinte e invisibiliza a dimensão material, isto é, a constituição material do poder constituinte que é muito mais complexa desde os atores, das racionalidades, das ideologias e das sociabilidades que conflitam e que instituem a realidade, já que, simbolicamente e ficticiamente, apenas interessa o funcionamento do instituto ou constituído e seu exercício, e não o contexto em que se move a lei, que é muito mais amplo, abrangente e com maior capacidade de instituir realidades.

Existem poderes instituidores oligárquicos, de dominação e império, impulsionados por ideologias e dinâmicas excludentes e desiguais, com as quais se tratam determinados seres humanos como objetos, e também existem poderes instituintes populares de emancipação e libertação, direcionados por ideologias e dinâmicas inclusivas e distributivas, com as quais todos os seres humanos são tratados como sujeitos, solidariamente. Mas a fragilidade do poder e a luta histórica popular e desigual, limita sua capacidade contra-hegemônica e, com eles, as possíveis transferências de poder para articular espaços estruturais de emancipação e libertação.⁵⁰

De outro plano, mas intimamente relacionado, Laval e Dardot explicam em termos institucionais, de que forma se generaliza uma tendência a silenciar os atores populares e suas ações criadoras das estruturas das instituições e tornar invisível o poder instituinte popular. Concretamente, retomam o conceito de instituição de Pierre Legendre, como produção humano que atua como suporte ou referente de unidade, como instância de garantia através mediante uma referência fundadora de natureza mitológica e instauradora de uma imagem não mimética da humanidade, que funciona como guardião constitutivo da vida social e política e também como

⁵⁰ Gallardo, H., Siglo XXI, cit.

espelho normativo indispensável à humanização do sujeito.⁵¹ E enfatizam que em sociedades modernas, a instituição do estado tornou-se autônoma como institucionalidade, cumprindo uma função especular e produzindo uma subtração e separação da tradição normativa ocidental de todas as transformações decorrentes de práticas sociais que não reconhecem sua capacidade de criar direitos.⁵² Além disso, chamam a atenção para a redução sociológica que foi feita da instituição ao instituído, eliminando ou silenciando o ato ou atividade de instituir um sistema de regras, chegando a entender a institucionalização de uma instituição como um ato *ex post facto* é dizer como consagração de algo pré-existente, considerando o estabelecido como fundamental, independentemente da ação que a habilite. Desde esta abordagem, a dimensão dinâmica do fato social é sempre concebida como uma variação do estabelecido⁵³ e da dinâmica das atuações sociais e seus atores-sujeitos populares e coletivos se omitem. A força apoderada da sociedade civil enfraquece e perde peso, sob o domínio e a sujeição de grupos poder que controlam sistemas complexos organizados por aparelhos e dispositivos de acordo com seus interesses.

Em contrapartida, Laval e Dardot reivindicam um poder instituidor popular, desde a dimensão da práxis do instituído para evitar a petrificação da prática de qualquer grupo organizado. A soberania popular atua coletivamente de maneira permanente sobre as instituições, em uma combinação do que ela colocou no futuro e no presente, junto com o que foi dado historicamente, uma vez que toda a criação humana ocorre, em e através do que já foi instituído, sempre possui restrições, tendo pré-condições que não precisam determinar a aparição de novos sentidos. O criativo é condicionado, mas não é causado por determinantes absoluto e fechado. Faz parte da história. A força criativa de sociedade e as revoluções instituem sobre condições prévias que estão sempre presentes e de alguma forma as afetam, porque nada nasce pela arte mágica e *ex novo*, sem condições prévias. Mas apesar de tudo, o dado pode ser transcendido imanentemente.⁵⁴

Usando as abordagens de Castoriadis escritas em seu livro “La institución imaginaria de la sociedad”, Laval e Dardot afirmam que o instituinte está acima do que é instituído, pois é sempre o resultado do exercício do poder instituinte e que chamamos de popular-participativo. Se o imaginário se estrutura sobre linguagens e sistemas de significados, a sociedade é fruto e é obra do imaginário instituinte, coletivo e ativo em todo momento. Embora essa dimensão tenha sido ocultada e negada sociedade criativa, este poder instituinte é um poder implícito permanente e fundamental da sociedade, diferentemente do poder constituinte que é um poder explícito

⁵¹ Laval, C. y Dardot, P., Común, Barcelona, Gedisa, 2015, pp. 309-310.

⁵² *Ibidem*, pp. 310-311.

⁵³ *Ibidem*, pp. 461-462 y 464.

⁵⁴ *Idem*, pp. 466, 490-491, 494-495.

incorporado nas entidades de tomada de decisão que emitem obrigações puníveis, como é o caso do poder judicial e do poder governamental.⁵⁵ Acreditamos que esse poder implícito possui uma dupla vertente, uma popular que abre opções inclusivas e reconhecimento mútuo e uma oligárquica que fecha opções desde dinâmicas excludentes, assimétricas e desiguais.

Em termos gerais, o poder instituinte, como vimos através dos olhos de Laval e Dardot, expressaria a capacidade criativa plural diferenciada, a qualidade individual e coletiva das pessoas concretas de enfrentar o mundo, reagindo aos seus ambientes relacionais tanto para o bem quanto para o mal. Sobre esta explicação dos sociólogos franceses que reivindicam o poder instituinte popular, se adiciona a outra dimensão instituinte comentada, aquela que consolida o instituído e o *status quo*: o do poder instituição oligárquica e que se manifesta de várias maneiras.

À algumas dessas manifestações dos poderes oligárquicos instituintes se refere Bartolomeu Clavero com os chamados poderes inominados: o poder do pai da família (jurisdição parental) e o poder proprietário (poder fundamentado na propriedade ou domínio privado) descrito por John Locke no Primeiro Ensaio do Governo Civil, discussão centrada com Robert Filmer sobre monarquia absoluta e que são o suporte e substrato sobre o qual caminha a trindade constitucional e sua divisão, os três poderes nomeados e públicos desenvolvidos no Segundo Ensaio do Governo Civil. Para Locke, os poderes legislativo, judicial e federal servem como garantia institucional dos poderes inominados.⁵⁶ O poder doméstico ou do pai da família e o poder proprietário têm órbitas procedimentos separados e diferentes de apoderamento, mas de acordo com Locke, para muitos, eles são a fonte de todo poder, ao qual se acrescenta poder federal e colonizador.⁵⁷ Os três justificam a propriedade na esfera doméstica e acima os frutos do trabalho próprio, por trabalho contratado e escravo, que se acumula através da moeda, legitimam a proteção dos três poderes aos indivíduos proprietários ou pais proprietários europeus e atrasá-los espacial e temporalmente, conquistando outras civilizações e outros reinos para estabelecer colônias e justificar o direito de conquista, apropriação e escravização. Médici acrescenta dizendo que "estes poderes 'doméstico, proprietário e federativo', tornaram-se exorbitantes no contexto das colônias americanas."⁵⁸ O poder do pai da família e o poder proprietário, juntamente com o poder colonial, são complementados com múltiplos dispositivos de controle, e acabam por consolidar uma subjetividade indolente, passiva, obediente e subjugado sobre os não-proprietários, bem como um

⁵⁵ Ídem, pp. 477-478-479 y 481.

⁵⁶ Clavero, B., El orden de los poderes. Historia constituyente de la trinidad constitucional, Madrid, Trotta, 2007, pp. 42 y ss.; y Locke, J., Dos ensayos sobre el gobierno civil, Madrid, Espasa Calpe, 1991, pp. 53 y ss.; y Médici, A., Otros nomos, op. cit., pp. 174-175.

⁵⁷ Clavero, B., op. cit., p. 42.; y Locke, J.; op. cit., p. 204.

⁵⁸ Médici, A., op. cit., p. 175.

imaginário com o qual o *status quo* deve ser mantido através de hierarquias, assimetrias e desigualdades naturais, indiscutíveis e blindadas.

Em outro plano e na época atual, outra expressão dos poderes instituintes oligárquicos são os que Ferrajoli chama de poderes selvagens. A maioria deles defendem a lei do mercado e as normas do mundo financeiro, substituindo a ordem da lei (do Direito) pela ordem da economia, mesmo contando com aparatos estatais que, como um infra-estado oculto e paralelo, consolidam a predominância de uma nova constituição, a do mundo econômico dos negócios, acima da democracia política, dos direitos humanos e das constituições políticas e jurídicas dos estados constitucionais. Os poderes selvagens são de quatro tipos: a) poderes privados extralegais referentes a macro-potências econômicas e instituições financeiras do mercado mundial; b) poderes privados ilegais, ligados ao crime organizado, grupos terroristas e máfias; c) poderes públicos extralegais, que se referem a ações interestaduais no campo internacional contrários ao direito internacional dos direitos humanos; e) poderes públicos ilegais relacionados aos serviços secretos.⁵⁹

Tanto os poderes inominados quanto os poderes selvagens expressam tanto os atores ou agentes quanto as dinâmicas, lógicas e filosofias que eles articulam, espalham, expandem e consolidam as relações sociais, simbolicamente contra-assinado, patriarcal, de dominação e império já indicadas por H. Gallardo e H. Maturana. Eles também fazem parte do solo, piso ou terra das relações de poder diárias e cotidianas que cercam e penetram nos poderes do Estado. Os mecanismos ou dispositivos dos atores insituíntes oligárquico-plutocráticos, agora se tornam muito mais complexos e sofisticado, afetando aspectos biológicos, corporais, mentais, culturais, espirituais e psiquicamente sobre a cidadania e sobre todos os seres humanos (desde a combinação da biopolítica ou do biopoder estudado, entre outras, por Foucault e o psico-poder analisados por Byung-Chul.⁶⁰ Apesar de serem relações de poder mais difusas, anônimas, imperceptíveis, inacessíveis, ocultas e difíceis de decifrar, sempre aparecem endossadas por certos atores ou grupos oligarcas que expandem um governo de elites e de poucos em estruturas fractais de dominação, estabelecidas verticalmente em rede, dispersos heterogeneamente a partir de dinâmicas excludentes. Embora seja verdade que o poder é exercido em um complexo de relações recursivas, formando uma estrutura reticular sem centro determinado (pluriarquia dos sistemas complexos que se

⁵⁹ Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 931 y ss.: y *La democracia...*, op. cit., pp. 139 y ss

⁶⁰ Han, B-Ch., *Psicopolítica*, Barcelona, Herder, 2014; y *Sobre el poder*, Barcelona, Herder, 2016; Médici, A., *El malestar en la cultura jurídica*, La Plata, Editorial de la Universidad de La Plata, 2011, en concreto el capítulo titulado “Políticas del derecho y gubernamentalidad neoliberal. Aportes de Foucault a la crítica jurídica”, pp. 131 y ss.; Zagrebelsky, G., *Libres siervos. El Gran Inquisidor y los enigmas del poder*, Madrid, Trotta, 2017.

articulam multidimensionalmente⁶¹, este policentrismo não implica a eliminação das hierarquias e dos sistemas verticais).

Por outro lado, os poderes instituintes populares e democráticos geralmente estão ligados a movimentos sociais e tem múltiplas expressões e denominações. Se tradicionalmente, o conflito social nas sociedades de classes, giravam em torno do capital de trabalho, com duas entidades claramente definidas (classe trabalhadora versus empresários e / ou classe capitalista), atualmente existe uma multiplicação de conflitos que rompe a unificação liderada pelo proletariado, enriquecendo o poder instituinte por atores múltiplos e fragmentados.⁶² Apesar do fato de que, ao lado da classe trabalhadora, no passado havia também uma pluralidade instituinte com outros grupos que reivindicaram seus direitos e questionaram a ordem colonial e patriarcal (mulheres, indígenas, movimentos contra o racismo, etc.), no presente, segundo Hardt e Negri, fortalece mais fortemente a composição de várias singularidades constituintes (instituinte para nós), que envolve o conceito de multidão e o conceito de enxame, exemplificam a política da pluralidade e do pluralismo multitudinário.⁶³ É uma ontologia plural, um pluralismo de subjetividades, de modelos múltiplos de temporalidade e uma ampla variedade de modos de luta que surgem de diferentes tradições e expressam objetivos diferentes, mas eles têm em comum que confrontam o capital global, a ditadura das finanças e vão contra os biopoderes que destroem a terra e hierarquizam as raças.⁶⁴ Ambos os autores se distanciam do conceito de soberania porque é centralizador, tendencioso e ideológico e porque não define todo o campo da política e defendem a capacidade da multidão de ser autônoma e organizar-se, construindo instituições não soberanas e não estatais. Desenvolve processos de instituição para criar novas instituições contrárias ao desenvolvimento da biopolítica e do biopoder (poderes instituintes oligárquicos). O povo pode representar a si mesmo e a partir da heterogeneidade social, processos horizontais abertos plurais e contínuos abrem processos horizontais de resistência. Eles possuem o poder e a força para produzir, criar e construir suas próprias subjetividades a partir de baixo contra o poder e o governo vertical de comando, totalitário e oligárquico.⁶⁵

Apesar de Hardt e Negri rejeitarem o conceito de povo, existem muitos outros que a reivindicam.⁶⁶ O próprio H. Gallardo critica o conceito de multidão de Hardt e Negri, porque nem

⁶¹ Innerarity, D., *Una teoría de la democracia compleja*, Governar en el siglo XXI, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, p. 117.

⁶² De Cabo, C.; “Capitalismo, democracia y poder constituyente”, en Martínez Dalmau, R.(ed.), *Teoría y práctica...*, cit., pp. 23-24.

⁶³ Hardt, M. y Negri, A., op. cit., p. 68.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 15-16, 55, 64, 74 y 110.

⁶⁶ Gallardo, H., *Siglo XXI, producir un mundo*, op. cit.; Dussel, E., *Ética de la liberación...*, op. cit

as pessoas nem a multidão constituem instâncias naturais ou que possam ser rastreadas até eles, nem existem conceitos despojados de relações de domínio, sentimentos e ações contra a dominação.⁶⁷ Para o filósofo chileno, "povo" é uma categoria de análise em um discurso que denuncia a discriminação e exploração (sujeição) e, por isso, propõe ações de resistência e libertação de múltiplos sujeitos e plurais com identidades que os desenvolvam e que, em processos, combatem e buscam produzir uma articulação que convoque e incentive a conquista de outro mundo viável com sociabilidades sem dominação ou empobrecimento.⁶⁸ O povo contém rostos plurais, existem diversas sensibilidades populares, diferenciações e multiplicidades com as quais indivíduos e pessoas assumem e resistem às especificidades dos modos de dominação patriarcal, centrada no adulto, fetichista, desigual e classista que, combinados, interagem dentro do capitalismo.⁶⁹ Desde a noção de poder instituinte popular-participativo alude a atores e processos locais, nacionais e continentais com projetos de sociabilidade coletiva e compartilhada, de gestão plural e gerenciada através de poderes locais e democráticos e não autoritários e centralizados. Eles são poderes que, na prática, resistem ao poder capitalista, respondendo com ações que lhes permitem se auto-constituírem como sujeitos e com transferências de poder.⁷⁰

Da mesma forma, inspirado no pensamento de E. Dussel, A. Mé dici se opõe ao poder oligárquico que chama de estratégico, com outra noção de poder libertador e gerador de auto-estima, que é o poder instituinte participativo popular, entendido como a capacidade das pessoas de agir consensualmente para fazer as coisas de forma cooperativa e conjunta, com base em um consenso obtido anteriormente.⁷¹ Essa seria uma noção de poder compartilhado, sem hierarquias discriminantes e não baseadas no par superior/inferior. O ser humano, em sua capacidade de significar e ressignificar mundos plurais, seria a base desse modo instituinte de criar realidades, na vontade de viver, de acordo com o sentido dito por Dussel, reinterpretando Spinoza. É um poder do qual podemos nos alimentar, desfrutar de uma casa e nos vestir com dignidade e garantir a vida de cada ser humano individual, com nomes e sobrenomes, fornece meios para satisfazer as necessidades que permitem a produção, reprodução, manutenção e desenvolvimento da vida humana concreta mediada culturalmente.⁷² Do ponto de vista político, seria por excelência o povo o primeiro e o último sujeito do poder, sendo o verdadeiro soberano com autoridade própria. Com a categoria de *potentia*, Dussel entende "o poder que tem a comunidade como faculdade ou

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 78-79.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 89-90.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 92.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 69 y 76.

⁷¹ Mé dici, A., *Otros nomos*, cit., pp. 139 y ss.

⁷² Dussel, E., 20 tesis de política, México D.F., Siglo XXI, 2006, p. 24.

capacidade inerente a um povo como a última instância de soberania, autoridade, governabilidade política.⁷³ Medici expande, completando, seu significado com o conceito de hiperpotência, a partir da posição do bloco social dos oprimidos que representam a exterioridade radical do sistema fetichizado. É o povo como "subjetividades subalternizadas que criticam a transformação da ordem social e institucional existente, que formula suas reivindicações sob a forma de novos direitos, que expressam sua vontade crítica de coexistência do consenso contra-hegônico..."⁷⁴

Conectando as abordagens anteriores e continuando com nosso raciocínio, poderíamos afirmar que, atualmente, o poder constituído dos estados constitucionais de direito em suas expressões legislativa, executiva e judicial, está longe de ser uma esfera de objetividade, neutralidade, igualdade formal, generalidade e universalidade, é continuamente resignificada em uma luta permanente e correlação desigual de forças entre, por um lado, poderes formados por grupos instituintes oligárquicos, plutocráticos ou polárquicos (agrupados em torno dos representantes dos partidos políticos tradicionais, o banco, organismos internacionais, como o FMI, a UE e o Banco Mundial, além de todos os poderes que giram em torno do sistema econômico e financeiro - OMC, grandes corporações, ETNs, fundos de investimento, meios de comunicação relacionada à defesa do capital e outros poderes não nomeados baseado em machismo, poder proprietário e poder colonial) e, por outro, por poderes instituintes coletivos e movimentos populares e sociais (como camponeses, mulheres, indígenas, movimentos afro-descendente, movimentos a favor de moradias dignas, sem-tetos, gays e lésbicas, pessoas trans, pensionistas, etc.), que reivindicam o direito à terra, moradia, emprego e salário digno, ao território, à educação, a um ambiente saudável, maior participação política, social e econômica, um mundo sem violência sexista e sem homofobia ou patriarcados, etc. A dimensão oligárquica do poder instituinte se oculta criando o sentimento de pacto social acordado pelo poder popular original que delega nos poderes constituídos. Os poderes constituídos tornam-se fantoches ou em braços executores dos mandatos emitidos pela capital, fonte máxima instituinte da realidade.

Por esse motivo, insistimos na distinção entre um poder instituinte emancipatório, libertador, inclusivo e popular e um poder instituinte oligárquico, dominador e excludente. Ambos agem permanentemente em contextos diversos sobre normas positivadas e sistemas legais e nas esferas jurídicas não estatais a partir de um paradigma pluralista do Direito. Eles não funcionam exclusivamente apartados e separados do estado. De certa forma, o conceito de poder instituinte popular, entendido como uma subpotência criativa implícita, que é uma obra contínua de todos,

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Médiçi, A., op. cit

que é ao mesmo tempo do imaginário instituinte, da sociedade instituída e do campo relacional explicado, tem seu reverso negativo de domínio, nesse outro poder oligárquico que mantém e controla o primeiro. Destes poderes implícitos depende a forma de poder explícito típico das instituições e da legislação (que qualificamos como poder constituinte, propriamente dito)⁷⁵, que continuamente é re-significado. O campo de desenvolvimento das relações humanas, suas práticas, seus tipos de coexistência e parcelas sociais endossadas simbolicamente, marcará se as inclusões abstratas dos conceitos como democracia, direitos humanos, poderes constituintes, etc., se movem frente à dinâmicas populares de emancipação, de reconhecimentos mútuos, de inclusões e de participações ou sob dinâmicas oligárquicas de dominação, de exclusão, desiguais e não democráticas.

BIBLIOGRAFIA

BELANDRIA GARCÍA, José Rafael (2019), “Prólogo”, en SÁNCHEZ LORA, Juan Carlos, *El poder constituyente en la era de la globalización de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

CANFORA, Luciano (2014), *El mundo de Atenas*, Anagrama, Madrid.

CAPELLA, Juan Ramón (2019), *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*, Trotta, Madrid.

DE CABO MARTÍN, Carlos (2014), “Capitalismo, democracia y poder constituyente”, en MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia.

CLAVERO, Bartolomé (2007), *El orden de los poderes. Historia constituyente de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2003), *Crítica de la razón indolente. El desperdicio de la experiencia*, Desclée de Brouwer, Bilbao.

_____ (2019), *El fin del imperio cognitivo*, Trotta, Madrid.

DUSSEL, Enrique (1998), *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exculsión*, Trotta, Madrid.

_____ (2006), *20 tesis de política*, Siglo XXI, México D.F.

_____ (2009), *Política de la liberación. Arquitectónica*, Vol. II, Trotta, Madrid.

FEDERICI, Silvia (2016), *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Traficante de Sueños, Madrid.

⁷⁵ Laval, C. y Dardot, P., op. cit., pp. 481 y ss.; y Monereo Pérez, J.L., Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt, Madrid, El Viejo Topo, pp. 56 y 487.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* (1995), Trotta, Madrid.
- _____ (2014), *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid.
- _____ (2018), *Constitucionalismo más allá del estado*, Trotta, Madrid.
- GALLARDO, Helio, (2006), *Siglo XXI, producir un mundo*, Arlekin, San José.
- _____ (2008), *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Imprenta Francisco Gómez, Murcia.
- _____ (2015), *América Latina. Producir la Torre de Babel*, Editorial Arlekin, San José.
- GARGARELLA, Roberto (2014), *La sala de máquinas de la Constitución Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz editores, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo (2000), *Las nuevas ciencias y las humanidades: de la academia a la política*, Anthropos, Madrid.
- _____ (2017), “La democracia de todos”, *Explotación, colonialismo y lucha por la democracia en América Latina*, Akal, Madrid.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, María José, *Esbozo de una teoría imperfecta del derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización* (2018), Atelier, Barcelona.
- GROSGOUEL, Ramón, “La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales: transmodernidad, pensamiento descolonial y colonialidad global” (2014), en SOUSA SANTO, Boaventura y MENESES, (edit.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Akal, Madrid.
- HAN, Byun-Chul (2014), *Psicopolítica*, Herder, Barcelona.
- _____ *Sobre el poder* (2016), Herder, Barcelona, 2016.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio (2019), *Asamblea*, Akal, Madrid.
- HARMAN, Chris, *La otra historia del mundo. Una historia de las clases populares desde la Edad de Piedra al nuevo milenio* (2018), Akal, Madrid.
- HERRERA FLORES, Joaquín (2005), *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Los Libros de la Catarata, Madrid.
- INNERARITY, Daniel (2020), *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.
- LAVAL, Christian y DARDOT, Pierre (2013), *La nueva razón del mundo*, Gedisa, Barcelona.
- _____ (2015), *Común*, Gedisa, Barcelona.
- LOCKE, John (1991), *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid.
- LUGONES, María (2008), “Colonialidad y género”. *Tabula Rasa*, n° 9, julio-diciembre.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (2014), “El debate sobre la naturaleza del poder constituyente: elementos para una teoría constitucional democrática”, en MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2014.
- MATURANA, Humberto (1991), *El sentido de lo humano*, J.C. Sáez Editores, Santiago de Chile.
- MÉDICI, Alejandro (2011), *El malestar en la cultura jurídica*, Editorial de la Universidad de La Plata, La Plata.

_____ (2016), *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aguascalientes-San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispal y Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

NEGRI, Antonio (1994), *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias, Madrid.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (2017), *El sujeto constituyente*, Trotta, Madrid.

_____ (2019), *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*, Trotta, Madrid.

PISARELLO, Gerardo (2011), *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático*, Trotta, Madrid.

_____ “Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo” (2014), en MARTÍNEZ DALMAU, Rubén (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia.

PONTON, Gonzalo (2018), *La lucha por la desigualdad Una historia del mundo occidental en el siglo XVIII*, 4ª edición, Ediciones de Pasado y Presente, Barcelona.

QUIJANO, Anibal (2014), “Colonialidad del poder y clasificación social”, en SOUSA SANTOS, Boaventura y MENESES, Paula (edit.). *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Akal, Madrid.

REDONDO, María Cristina (2011), “El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica”, en *Doxa*, 34.

SÁNCHEZ LORA, Juan Carlos (2019), *El poder constituyente en la era de la globalización de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

SÁNCHEZ RUBIO, David (2018), *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Akal, Ciudad de México.

SANÍN RESTREPO, Ricardo (2014), *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Tirant Lo Blanche, Valencia.

ZAGREBELSKY, Gustavo (2017), *Libres siervos. El Gran Inquisidor y los enigmas del poder*, Trotta, Madrid.

Recebido em: 12/08/2020

Aprovado em: 14/08/2020

Autor convidado

Editor:

Dr. Leonardo da Rocha de Souza