



Lei inscrita no rosto do pobre

“Naqueles que procuram a justiça eu vejo a maldade” (Eclesiastes)

“A fome é uma juíza” (Carolina Maria de Jesus)

Título: A ley inscrita no rosto do pobre

Autor: Samuel Mânica Radaelli, Instituto Federal do Paraná-IFPR.

samuel.radaelli@ifpr.edu.br

Resumen:

Este trabajo trata de una discusión a partir de la revelación do oprimido, en su condición, como fundamentación dos derechos. De modo que su emergencia como interpelación ética, expresa o apelo: “deja-me vivir” inscrito en su rosto, eso faz con que la proximidad se revele como respuesta al individualismo, al conservadorismo y comportamientos de inspiración fascista. A defensa do pobre, expresión da víctima en lo0 pensamiento latino-americano, necesita ser o criterio de validez política e jurídica, fuero de eso ten-se perspectivas metafísicas de sujeto y de ciudadano, las cuales lejos de superar las fuerzas predatorias, sostienen la forma más violenta de deshumanidad: la indiferencia.

Palabras claves: indiferencia, pobre, alteridad, derechos humanos.

1. A lei

Ao longo da história a acepção da palavra lei possui uma trajetória múltipla da qual é difícil estabelecer um liame definitivo. Ao refletir sobre as suas acepções tem-se o mote para a percepção de escolhas éticas sobre justiça, legalidade e poder. Sendo que, por ela se materializam práticas de libertação (emancipação) e de opressão.

A visão moderna expressa por Montesquieu via a lei como “A relação necessária decorrente da natureza das coisas”, tal conceituação sintetiza uma visão na qual a razão buscava por este caminho a construção da regulação da sociedade. Dessa forma, em meio a variações históricas tem-se a lei como relação, pacto, procedimento e critério.

A lei, a partir da ascensão burguesa, passa a ser um mecanismo de igualdade formal, a qual determina um tratamento coincidente entre aqueles que gozam de possibilidade diferentes. Oprimidos e opressores ambos sujeitos de direitos iguais perante a lei com deveres idênticos. Essa é a injustiça primigênia do estado burguês.



Após o fordismo, a lei assume um caráter predominante de procedimento, o que orienta a conduta com o pressuposto de justiça, porque igual a todos, funcionalidade em razão de orientar par ao melhor resultado e controle, poderia ser padronizável. No entanto, a lei afirma-se como álibi ético, passa ser um critério para ausência de crítica, mais ainda, um critério para eliminação dos critérios. Pela lei, a inequidade estrutural se converte em igualdade protocolar.

A lei passa ser procedimento que organiza a distribuição da violência, assim apropria-se da forma de ser da justiça. No formato do realismo autoritário a lei é o procedimento que legitima a ação da autoridade. Chamar de praticidade (jurídica) sujeição da realidade à metafísica por meio da tipificação e do procedimento é um exercício de cinismo, no qual se encontra a forma de controlar condutas, mas também a forma e controlar sentidos

A promessa de igualdade, estatuída legalmente é o supedâneo da razão cínica jurídica. Dussele expressam este movimento, quando afirma: "Hay un orden de la totalidad que se totaliza alienando al Otro y en este caso la ley y la praxis son dominadoras; es un orden injusto".¹

Em face a isso, Hinkelammert resgata a visão de Paulo de Tarso " Paulo se refere a algo que podemos chamar o núcleo da lei. Trata-se da lei que simplesmente é uma dimensão de toda a socialização humana"² por conta disso, é preciso outro critério de justiça para lei, pois em si ela não garante a atuação justa³.

Ao longo da história expressa-se uma vinculação com a cobiça a qual é tida como a lei inscrita implicitamente no imaginário das pessoas: "Essa cobiça não é, em absoluto, algo como um instinto ou inveja. Interpretá-la dessa maneira elimina toda possibilidade de crítica. Trata-se de uma ação racional 'de acordo com a cobiça' e que se torna ameaçadora precisamente por cumprir a lei e realizar-se no cumprimento da lei. Isso ocorre paradigmaticamente no mercado e constitui o princípio de vida do capitalismo atual. No mercado, e através do dinheiro, adquire sua forma calculável".⁴

Sendo que o critério para justificação da lei é assim apresentado: "O cumprimento da lei não se justifica; transforma-se sempre, de fato, em injustiça e quando

¹ DUSSEL, Enrique. **Para una ética de la liberación latinoamericana**. México: Siglo Veintiuno Editores, 2014. Tomo II. p.66.

² HINKELAMMERT, Franz. **A maldição que pesa sobre a lei**: as raízes do pensamento crítico em Paulo de Tarso. São Paulo: Paulus. 2012. p. 75.

³ HINKELAMMERT, Franz. **A maldição que pesa sobre a lei**: as raízes do pensamento crítico em Paulo de Tarso. São Paulo: Paulus. 2012. p.93: "Há necessidade de um critério de discernimento para que a lei seja justa. Como tal, por seu simples cumprimento, não é justa". Neste sentido: "O julgamento sobre a atuação segundo a lei de Deus não pode ser feito segundo as normas formais e seu cumprimento ou não cumprimento. Não vale, nesse contexto, o que diz o Estado de direito: o que não é proibido é lícito. Ou até: o que é obrigação segundo a lei sempre é justo. Essa forma do Estado de direito está aqui sob crítica [...]". **A maldição que pesa sobre a lei**: as raízes do pensamento crítico em Paulo de Tarso. São Paulo: Paulus. 2012. p.99

⁴ HINKELAMMERT, Franz. **A maldição que pesa sobre a lei**: as raízes do pensamento crítico em Paulo de Tarso. São Paulo: Paulus. 2012. p.80.



o outro, isto é, o próximo – é arruinado pelo cumprimento dalei. O reconhecimento do outro como sujeito corporal antecede a qualquer justiça pelo cumprimento da lei”.⁵

2. Lei e Direito aportes a partir da filosofia da libertação

No agregado de textos que formam o livro “Práxis Latinoamericana Y Filosofía de la Liberación”, um dos capítulos trata de questões nodais ao Direito, como quando aponta a necessidade de perceber o Direito em uma perspectiva prática, histórica e política. Neste texto, Dussel aponta a existência de um “Direito Vigente” e de um “Direito Utópico”, no qual estão as aspirações de cada ser humano livre na busca pela construção de seu projeto de vida. Ocorre que o “Direito Vigente” contemporâneo estabelece como elementar a liberdade de escolha, a qual tem como pressuposto a existência de um sujeito livre, com renda e com bens à disposição para escolher; tal possibilidade, que pauta a visão burguesa dos direitos fundamentais, só funciona para uma parcela da sociedade dos países centrais. Nos países coloniais, as classes dominadas nem são livres, nem possuem renda necessária, sendo que sequer existem bens em grande quantidade para serem escolhidos⁶. Esta constatação colabora no esforço, iniciado no primeiro capítulo deste estudo, de derrubar a máscara da naturalidade e universalidade do Direito Constitucional.

A questão jurídica também toma a forma da totalização sistêmica, na qual a dogmática jurídica e o conjunto de leis positivadas representam a totalidade, fora disso, estabelece-se a exterioridade negativa (o não-ser, o ilegal, o que não é admitido). As possibilidades de ruptura e percepção do “outro” tendem a ser desconsideradas; afinal, o sistema é fechado em si mesmo. Quando, porém, o “outro” irrompe em meu horizonte e proclama sua fome, todo o aparato positivo-legal do Direito não é suficiente para que se obtenha um resultado justo. “O direito do outro, fora do sistema, não é um direito que se justifique pelo projeto do sistema ou por suas leis. Seu direito absoluto, por ser alguém, livre, sagrado, funda-se em sua própria exterioridade, na constituição real de sua dignidade humana” (p.49).

⁵ HINKELAMMERT, Franz. **A maldição que pesa sobre a lei**: as raízes do pensamento crítico em Paulo de Tarso. São Paulo: Paulus. 2012. p.84.

⁶ DUSSEL, Enrique. **Práxis latinoamericana y Filosofía de la liberación**. 2º ed. Bogotá: Nueva América, 1994, p. 151.



Tem-se o “Direito vigente” como o Direito absoluto do capital, pautado pela defesa da liberdade de quem tem propriedade. Diante dele surge o “Direito Utópico” à vida, como direito absoluto do ser humano, não qualquer vida, mas sim uma vida plena, nas suas múltiplas dimensões, na forma de produzir os meios materiais, sociais e intelectuais necessários ao seu desenvolvimento e plenitude. Assim, o Direito, em especial o constitucionalismo, tem no pensamento de libertação uma nova possibilidade de fundamentação, “porque es la acción que funda la nueva sociedad, el nuevo sistema, el nuevo orden moral, el nuevo proyecto histórico. Es posible que futuros burócratas se instalen sobre las nuevas estructuras, pero, de todas maneras, si son morales es porque fueron fundadas por el acto ético por excelencia de la liberación”.⁷

Tal movimento deflagra uma ruptura que se dá em três fases, como explica Dussel:

1) Por una parte, de deslegitimación del derecho vigente que comienza a transformarse en derecho “antiguo”; 2) por otra; de legitimación del nuevo derecho que desde una posición de no-vigencia y no-legítimo pasará lentamente a una situación de legitimidad triunfante; 3) por último, se producirá la derogación de ciertos aspectos del derecho antiguo claramente contradictorios con el nuevo derecho. El proceso de deslegitimación es simultáneo y contrario al legitimación originaria parte inevitablemente de la ilegalidad ilegítima, así como el proceso de deslegitimación deberá ir reconociendo, ante la lucha por el reconocimiento de los sin-derechos, la ilegalidad creciente de su antigua legalidad.⁸

Enquanto o “Direito absoluto do capital” se pauta pelo modo como se escolhe a maneira de aplicar a propriedade que cada um possui, a práxis da libertação trata de escolher a maneira como aplicar a vida “para dar vida aos que vivem na morte”, explica Dussel, repetindo Sandino. De tal modo, a Práxis da Libertação atua em nome do Direito á vida, um Direito não dado, que instaura todos os demais, sendo ele elementar por excelência.⁹

O Direito possui um papel importante no sistema político: “a institucionalização dos deveres e direitos que devem cumprir todos os membros da comunidade política como soberana”¹⁰. Tal função deve ser realizada de modo a retratar no âmbito

⁷DUSSEL, Enrique. **Práxis latinoamericana y filosofía de la liberación**. 2º ed. Bogotá: Nueva América, 1994, p. 155.

⁸DUSSEL, Enrique. **Hacia una filosofía política crítica**. Bilbao: Descleé de Brouwer, 2001. P. 154-155.

⁹Idem p. 155-156.

¹⁰DUSSEL, Enrique. **Hacia una filosofía política crítica**. 2 ed. Bilbao: Descleé de Brouwer, 2001, p. 150.



procedimental a “pretensão política de justiça”, no qual o princípio democrático reclama a positivação das conquistas sociais. Assim sendo:

No “Estado de Direito”, interpretado discursivamente, existe uma normatividade válida intersubjetivamente a partir do consenso livremente aceito no princípio racional democrático, que articula mutuamente a legalidade com a legitimidade. Uma ética da libertação exigirá uma problemática ainda mais complexa. A ordem legal (positiva) e a legitimidade (vigente) – em todos os sentidos apontados – não podem não supor algo de negação das vítimas. “A partir das vítimas” o problema da legalidade, da legitimidade, da coação de direito e tantos outros temas exigem ser desenvolvidos em seu novo significado. Assim à legalidade positiva vigente pode agora se opor a ilegalidade (sempre inevitável na origem da ordem futura) dos novos movimentos sociais da comunidade crítica das vítimas, quando emergem organizadamente na ordem vigente, que sempre os pressupõe, mas que se habituara a ignorá-los enquanto “aceitavam” passivamente a dominação que se exercia legal e legitimamente sobre eles.¹¹

Para Dussel, o ato político, a exemplo do ato ético, possui três níveis. O primeiro nível é o das condições dos princípios universais da Política (nível A). Neste plano é definido como sendo objeto da política:

a) das condições ou princípios da produção e reprodução da vida da comunidade política (num nível ecológico-econômico, em sentido amplo, como nível dos conteúdos da razão política prático-material); b) das condições ou princípios dos procedimentos normativos de legitimidade consensual (no nível do Princípio Democrático em todos seus aspectos, como regulação da participação pública e simétrica dos interessados, âmbito da razão discursivo-política); c) das condições ou princípios da factibilidade política na realização dos meios e fins da ação concreta (princípios que regem a luta pela hegemonia e no exercício do poder político, nível da razão estratégico-instrumental propriamente dita).¹²

Em seguida, o nível das mediações sistêmicas (nível B); nele estão os elementos que tratam da institucionalização e concretização do ato político, por meio dos seguintes sistemas: sistemas materiais ecológico-econômicos; os sistemas formais procedimentais do exercício legítimo do poder político, neles se encontra situado o Direito; e, por fim, o sistema do Estado, como macro-instituição do exercício monopolístico do poder político em última instância, sendo ele posto a serviço dos sistemas anteriores.¹³

Por derradeiro, o nível da ação política concreta (Nível C): “é onde se expõe toda uma teoria da dita ação, da lógica da luta política pela hegemonia, da maneira do

¹¹ DUSSEL, E. D. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Vozes: Petropólis, 2002, p. 553-554.

¹² DUSSEL, Enrique. Direitos humanos e ética da libertação: Pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. In: **Revista InSURgência** Brasília ano 1 v.1 n.1, jan./jun 2015, P. 125.

¹³ DUSSEL, Enrique. Direitos Humanos e Ética da Libertação: Pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. In: **Revista InSURgência** Brasília ano 1 v.1 n.1, jan./jun 2015, P. 125.



exercício do poder e do uso monopolístico da coação para fazer respeitar o “Estado de Direito”, tendo em vista o bem comum. É aqui onde a “pretensão de bondade” ética é subsumida na “pretensão política de justiça”. Dussel denomina como “pretensão política de justiça” “a determinação da norma, do ato, da micro - ou macro- estrutura, da instituição ou sistemas políticos que tenham realizado de maneira honesta e séria as condições (ou princípios universais) antes enunciadas.”¹⁴

O ato político obtém sua normatividade na pretensão política de justiça acima expressa; em sendo contrário a ela, faz-se necessária sua correção, nos momentos em que a razão e eficácia política não estão unidas, a longo prazo, com a luta pela vida da comunidade (basicamente de toda a humanidade), nem com a luta para alcançar a simétrica participação democrática dos interessados (os dois momentos normativos fundamentais). Dussel percebe no sistema político a presença do sistema jurídico, o qual se pauta pela vivência da Soberania que constrói suas normas e a ela se vincula cada membro da comunidade política, pois são responsáveis pela autopromulgação da lei. Assim, o sistema jurídico cumpre uma função específica no sistema político, a de operacionalizar e sistematizar o conjunto de prerrogativas e obrigações.¹⁵

No horizonte libertário de Dussel a compreensão do Direito é feita em seu caráter histórico. Nele as tensões políticas pela inclusão social constituem a marcha evolutiva dos direitos, por meio da crítica ao Direito vigente feita por suas vítimas: os “sem direitos”. Sua luta por inclusão no sistema vigente é a força motriz da criação de novos direitos. O dístico Direito Natural *versus* Direito Positivo, não é suficiente para dar conta desta realidade, pois estes novos direitos se firmam mediante um processo de evolução histórica, oportunizado pela cultura e pela consciência de uma comunidade em seu tempo, tecido na consciência política das vítimas (sem direitos), que impulsiona o desenvolvimento civilizatório das realidades humanas.

Não é recomendável ver este processo na perspectiva de um destino linear da história, pois novas formas de dominação também são produzidas, ou se sofisticam através dos tempos, ou ainda, pode ocorrer que, mediante os avanços conquistados, muitas vezes a consciência histórica e crítica das vítimas dê lugar a uma “visão poliana”

¹⁴DUSSEL, Enrique. Direitos Humanos e Ética da Libertação: Pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. In: **Revista InSURgência** Brasília ano 1 v.1 n.1, jan./jun 2015, P. 126.

¹⁵DUSSEL, Enrique. Direitos Humanos e Ética da Libertação: Pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. In: **Revista InSURgência** Brasília ano 1 v.1 n.1, jan./jun 2015, P. 126-130.



da realidade, em que a exclusão se torne mais camuflada, causando retrocessos ou estagnação. No entanto, uma compreensão da dialética entre o “Direito Vigente *a Priori*” e o “Novo Direito *a Posteriori*”, vê a construção do Direito como fruto da consciência crítica dos marginalizados, excluídos do sistema legal ou incluídos de forma meramente formal ou simbólica.¹⁶

Diante da tensão entre o Direito vigente e o novo Direito, tem se o fato que aquilo que virá a ser Direito no futuro, está no presente, fora do sistema atual ou é ilegal. Esse tensionamento entre Direito vigente e novo Direito traz tem implícita a resistência como prática que produz rupturas nas estruturas opressivas, ao mesmo tempo em que sinaliza para a possibilidade do controle popular das instituições.

O reconhecimento de direitos às vítimas não é uma tarefa a ser feita sem rupturas. Dar direitos a um grupo de vítimas implica retirar privilégios de outro grupo dominante. A partir dessa constatação, a fuga da política, comumente realizada pelo pensamento constitucional, para as visões formais e simbólicas, em nome de uma pretensa cientificidade, traduz-se em uma atitude sumamente reacionária, haja vista que a materialidade dos direitos implica romper com as estruturas de poder.

Por conta disso, a construção de uma ordem jurídica para além da revisão ético-política já assinalada traz a necessidade de construir mecanismos que possibilitem desafiar as atitudes conservadoras presentes na cultura constitucional, que pugnam pela estabilidade e perenidade do tradicional condicionamento político da sociedade. De encontro às posturas constitucionais reacionárias, o Direito de Resistência e a filtragem popular de todas as instituições são os mecanismos que, quando operacionalizados, permitem a vigilância contra a opressão estrutural, em busca da vinculação popular com o poder.

¹⁶“ É evidente que no “tempo *intermédio*”, isto é, entre o tempo a) da auto-referência “fechada” sobre si mesma do “sistema do direito vigente” que nega (e lança toda a violência monopolística do Estado contra os novos atores sociais) o tempo e b) do “novo” direito institucionalizado, se produz, como já temos indicado, um triplo processo: 1) por um lado, de “deslegitimação” do direito vigente que começa a transformar-se em direito “antigo”; 2) por outro, de “legitimação” do novo direito que, a partir de uma posição de não-vigência e não-legítimo, passará lentamente a uma situação de legitimidade triunfante; 3) por último, produzir-se-á a derrogação de certos aspectos do direito antigo claramente contraditórios com o novo direito. O processo de deslegitimação é simultâneo e contrário ao da legitimação do novo direito. Isto é, o processo de legitimação originário parte inevitavelmente da ilegalidade ilegítima, assim como o processo de deslegitimação deverá ir reconhecendo, diante da luta pelo reconhecimento dos sem-direitos, a ilegalidade crescente de sua antiga legalidade.” DUSSEL, Enrique. Direitos humanos e ética da libertação: Pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. In: **Revista InSURgência** Brasília ano 1 v.1 n.1, jan./jun 2015, P. 132.



A permanente abertura constitucional para novos direitos rompe, explicitamente, com o ideário da burguesia pós-revolucionária, que via nas restrições à mutabilidade um fator de estabilidade, tornando a longevidade de uma carta constitucional, ou de uma instituição, um critério subjetivo de legitimidade. Na realidade apenas a permanente abertura constitucional revela um fato corrente na vida das Constituições, a sua mutabilidade, a qual se manifesta de formas diferentes conforme a extensão das constituições. Em Constituições sintéticas, seus textos curtos tendem a ser mantidos, no entanto, isto não as torna imunes à ação do tempo que tudo tende a transformar, inclusive o sentido dado aos textos. Assim, inobstante a manutenção redacional, seu sentido altera-se pela interpretação efetuada na jurisdição constitucional, fenômeno conhecido como mutação constitucional.

No caso de constituições analíticas, o processo constituinte tende a se estender em sucessivas alterações textuais, visando realizar sua adequação a cada momento, tendo em vista que sua extensão traz para a Constituição um grande número de temas. Assim sendo, as alterações políticas, econômicas e sociais reclamam mudanças textuais mais constantes. Em decorrência, a ideia de longevidade constitucional, difundida como fator de progresso e estabilidade política, apresenta-se como ilusória, à medida que, mesmo permanecendo por um longo período sem Assembleia Constituinte, raramente a Constituição de um país se mantém imutável. Somam-se a isso as questões interpretativas que fazem com que mesmo os dispositivos pétreos sejam atingidos pela ação hermenêutica através dos tempos.

3. Fundamentação jurídica a partir do Pensamento de Libertação

A possibilidade de fundamentação dos direitos humanos, nas perspectivas da Filosofia e da Teologia da Libertação, ganha corpo na exposição de Alejandro Rosillo Martínez. Nela, essa corrente teórica se apresenta enquanto meta-discurso filosófico, subsumido aos Direitos Humanos. Surge, assim, como proposta de superação de marcos categoriais de caráter formalista ou positivista, do pensamento débil de ordem pós-moderna, do reducionismo e do etnocentrismo, pautando-se por três pilares: a alteridade, a práxis da libertação e a produção da vida.¹⁷

Partindo do pensamento de Ellacuría, Rosillo reafirma no campo jurídico a práxis da libertação que se desdobra em quatro modalidades: libertação das

¹⁷ ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. **Fundamentación de derechos humanos desde América latina**. México, DF: Itaca, 2013, p. 151.



necessidades básicas, libertação das ideologias, libertação pessoal e coletiva das formas de dependência que impedem a autodeterminação e, por fim, a libertação de si mesmo. Esta última tomada como forma de superação do egocentrismo, marcha rumo ao encontro do outro para construir um sujeito intersubjetivo, oriundo da comunidade de vítimas.¹⁸ Tal comunidade atua no Direito com vistas à geração de novos direitos, o que significa insurgir-se ante ao sistema que oprime e nega a produção da vida, avançando na edificação de um novo sistema,

Esto conlleva colocar la praxis como el hecho más radical, que acontece al Estado o a la naturaleza humana, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Es fundamento no dogmático ni etnocentrico, ni historicista; defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.¹⁹

Pela Práxis da Libertação se afirma um horizonte que não se restringe às questões meramente teóricas, mas sim, na perspectiva do reconhecimento dos grupos e elementos que historicamente se encontram marginalizados, bem como, nas ações de enfrentamento das forças opressivas que operam sistematicamente. No mesmo diapasão, Celso Ludwig coloca na perspectiva jurídica o princípio crítico da obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em uma comunidade. Tendo por base a Ética da Libertação, estabelece a vida humana como critério fonte de todos os direitos, assim, apresenta uma racionalidade jurídica libertadora, com dupla função, por uma via a conservação da vida quando ela está afirmada; por outra, sua transformação, quando ela estiver sendo negada, de tal forma que a vida não seria apenas um direito, mas também a fonte de todos os outros direitos.²⁰ Afinal, “a vida humana impõe limites, fundamenta normativamente uma ordem, tem exigências próprias.”²¹

Consoante a isso, a proposta de Jesus Antonio de la Torre Rangel aposta na busca de uma outra compreensão ao Direito, fazendo-o uma “arma e Libertação que

¹⁸ Idem p.105-122.

¹⁹ Idem p. 123

²⁰ LUDWIG, Celso. A transformação jurídica na ótica da filosofia da libertação: a legitimidade dos novos direitos. In: **Revista Liberación=Libertação**, vol 5. Curitiba: Instituto de Filosofia da libertação, 2006, p. 7-19

²¹ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação – na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 131



nasce do Povo.”²² Neste autor, a defesa da pessoa está na raiz da ética e da política: cabe ao Direito assumir essa posição, e assim se darão as reivindicações por justiça concreta na ação política. De la Torre Rangel, consoante com o pensamento de Dussel, também utiliza a categoria Bloco Histórico de Gramsci, dando a esta categoria um sentido jurídico.²³

Nessa perspectiva, a apropriação do Direito pelo Bloco Histórico dos Oprimidos, tem a afirmação dos direitos humanos como aspecto central de um discurso jurídico minimamente progressista. Configura-se, então, no direito dos pobres, pois nesta perspectiva estão as necessidades básicas a eles negadas, assim sendo, na marcha pela busca dos instrumentos e instituições do poder político, “os pobres que eram uma categoria social que partilhava a desgraça do que considerava um destino histórico, agora partilham a responsabilidade de serem protagonistas não apenas de sua própria história, mas do destino da humanidade.”²⁴

Com o aporte dado pela Teologia da Libertação, consolidadora de um discurso religioso centrado no pobre, Rosillo percebe o descortinamento da figura do pobre para os Direitos Humanos. Todo e qualquer discurso ou política de Direitos Humanos que ignore a questão da pobreza não pode ser considerado como válido, pois servirá apenas discurso ideológico, “el concepto de derechos humanos debe concretarse a través de un uso alternativo, es decir, como una herramienta jurídico-política para que los sectores marginados se constituyan en subjetividades emergentes, capaces de iniciar su propio proceso de liberación”²⁵

²²“constituye las diversas acciones encaminadas a que toda jurisdicción (normativa, derechos subjetivos, ideas y concretizaciones de justicia) sea usada al servicio de los pobres como sujeto histórico, tanto ante las instancias judiciales y administrativas del Estado, como ellos mismos en sus relaciones comunitarias creando y recreando la solidaridad.” TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. **El derecho como arma de liberación en la América latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho.** CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. 2006, p. 100.

²³ “si acercándonos un poco a las tesis de Antonio Gramsci aceptamos que entre la estructura y la superestructura existe una interacción dialéctica, es decir, que ambas se retroalimentan y forman un “bloque histórico”, una unidad históricamente orgánica, dejamos despejado un amplio espacio para usar el Derecho de una manera distinta a como la clase dominante lo quiere” TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. **El derecho como arma de liberación en la América latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho.** CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. 2006, p. 101.

²⁴ALDUNATE, José. Direitos humanos direitos dos pobres. In: ALDUNATE, José (org.). **Direitos humanos, direitos dos pobres.** Petrópolis: Vozes, 1992, p.198.

²⁵ ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. Liberación e justicia social, derechos humanos desde la teología de la liberación. San Luis Potosí: Universidad San Luis Potosí. 2012, p.104



A opção pelos pobres na tarefa de reorganização democrática implica que ela seja de fato pensada a partir dos marginalizados, assim sendo, definir-se-ão como prioritários os direitos que garantam a vida de todos (direitos sociais). Atitude que implica em uma ruptura com os privilégios da minoria abastada, afinal, “Aí se evidencia na realidade que os direitos humanos significam, efetivamente, uma limitação dos privilégios dos poderosos em favor dos direitos dos mais débeis, para que todos possam criar e usufruir uma convivência justa e fraterna.”²⁶

4. Fundamentação Constitucional a partir do Pensamento da Libertação

4.1 Povo: do ícone à comunidade das vítimas

Na construção de um pensamento constitucional a partir das reflexões oriundas da Filosofia da Libertação, um conceito se apresenta como de grande valor para redefinição deste pensar, trata-se da percepção do autor sobre o povo. Tido como ícone legitimador do poder e da ordem, sempre invocado em geral por aqueles que querem falar em nome dele, torna-se necessário defini-lo e redefini-lo. As instituições querem agir pelo povo, em nome de seu sumo bem, assim firma-se ação tutelatória que avança sobre a democracia.

Após a revolução francesa, a definição do povo como fundamento de um novo regime passa a tomar uma conotação de um estratagema ideológico. Assim, no debate sobre a definição de povo, confrontaram-se os ideais de *Plebs* contra o de *Populus*, prevalecendo este. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 26 de agosto de 1789, embora assinada “pelos representantes do povo francês”, contém, no entanto, em seu artigo 3º, a disposição inequívoca: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação (com maiúscula). Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.²⁷ Assim, a figura icônica do rei dá lugar ao povo, também visto como ícone: “a iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em desrealizar a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudossacral e em

²⁶ BOF, Leonardo. **Do lugar do pobre**. 3º Ed. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 68-69.

²⁷ COMPARATO, Fabio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. In **Revista Estudos Avançados** 11, 1997. P.31.



instituí-la, assim, como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência- ‘notre bom peuple.’”²⁸

O povo como ícone revela um esforço em unificar neste conceito a população dividida em classes ou camadas sociais, bem como, cindida por outros aspectos como etnia, cultura, religião, criando uma ilusão de unicidade, por mais dividida e conflituosa que esteja uma sociedade. A pretensão de congregar todos, mesmo os desiguais e contraditórios em um mesmo povo, revela a função ideológica deste conceito, sendo ele sacralizado na prática política, fornecendo um elemento de legitimidade para a prática do poder-violência, pois o povo outorgaria a administração da violência às instituições, por meio de outra figura sacralizada: a Constituição. Neste âmbito, Muller é cabal:

Contradições sociais subsistentes apesar desta Constituição, ou em conformidade com ela, são ao mesmo tempo justificadas substancialmente com o argumento de que o povo assim quis. A população heterogênea é “uni” ficada em benefício dos privilégios e dos ocupantes do *establishment*, é ungida como povo e fingida- por meio do monopólio da linguagem e da definição nas mãos do(s) grupo(s) dominante(s)- como instituinte e mantenedora da Constituição. Isso impede, conforme se deseja, de dar um nome às decisões sociais reais, de vivê-las, resolvê-las e conseqüentemente trabalhá-las. A simples fórmula do “poder constituinte do povo” já espelha ilusoriamente o uno.²⁹

A concepção de povo se dá de forma recortada, mesmo em Rousseau, o povo necessita ser criado pela ação pedagógica, cultural e política, sendo sua composição oriunda não da totalidade da população, mas sim da restrita cidadania comprometida com o bem comum e detentora da virtude. Dussel apresenta uma compreensão do povo, não como sinônimo de população, tão pouco como multidão ou conglomerado político. Do mesmo modo que não é sinônimo de classe, pois esta é definida no seio de um modo de produção, desaparecendo com a realidade que a cria, a exemplo do servo que desapareceu com o feudalismo. Para Dussel, o conceito de classe é incapaz de explicar a passagem de um modo de produção a outro. Povo é um bloco social mais que um bloco político; é anti-hegemônico e aponta as contradições desencadeadoras de um novo modo de produção,

Deste modo, povo não pode ser somente uma classe, nem mesmo só um conjunto de classes determinadas pelo capitalismo: também o

²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann, 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.63.

²⁹ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann, 7º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.67.



constitucionalismo, às vezes, outros grupos sociais que guardam exterioridade em relação ao capitalismo com tal. De qualquer maneira, alguns são internos à totalidade nacional, como o país dentro de cujas fronteiras o Estado unifica o todo social. Mas certas etnias, por exemplo, guardam exterioridade em relação à nação (não foram integradas). Por isso, o bloco social designado como povo pode guardar exterioridade inclusive em relação aos oprimidos no interior do horizonte nacional.³⁰

O povo é o sujeito coletivo dos pobres que demarcam a passagem de um sistema de produção a outro, ou seja, “a corporalidade vulnerável que vive e pode morrer”.³¹ Ele é o sujeito da mudança, à medida que vincula historicamente os explorados de diferentes regimes econômicos, cuja “substância histórica atravessa os tempos, ligando-se identitariamente na formação do bloco social dos oprimidos. Portanto, é um sujeito histórico como memória e identidade dos oprimidos e como exterioridade de um sistema”. Ocorre, neste âmbito, a reconstrução do conceito de povo:

“Assim, povo é o ‘bloco comunitário’ dos oprimidos de uma nação. O povo é constituído pelas classes dominadas (classe operário-industrial, camponesa, etc.), mas além disso por grupos humanos que não são classe capitalista ou exercem práticas de classe esporadicamente (marginais, etnias, tribos, etc.). Todo este ‘bloco’ – no sentido de Gramsci– é o povo como ‘sujeito’ histórico da formação social, do país ou nação”, ou seja, “o povo como dominado é massa; como exterioridade é reserva escatológica; como revolucionário construtor da história”.³²

Ao afirmar a especificidade do povo, dando corporalidade a este conceito, cria-se para o constitucionalismo a possibilidade de superação da ilusória visão abstrata do conceito, no qual todos os grupos sociais seriam artificialmente iguais e teriam do Estado igualdade de tratamento. Não cabe mais a visão iconizada do povo, que funciona como cortina de fumaça para o processo decisório e político, pois ela serve para lhe conferir legitimidade, no entanto, possui mecanismos encobertos pelo discurso de vontade popular, que esvaziam, por meio da representação (delegação), a expressão dessa vontade. Assim, as instituições passam a agir “em nome do povo”, mas de forma tutelada, tutela que logo se converte em usurpação. Em decorrência dessa prática, o poder emana do povo, mas deixa de pertencer a ele. Diante da perspectiva apresentada,

³⁰ DUSSEL, Enrique. **A produção teórica de Marx**: comentários ao *Gundrisse*. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p. 385.

³¹ DUSSEL, Enrique. **Hacia una filosofía política crítica**. 2 ed. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001, p. 218

³² DUSSEL, Enrique. **Ética comunitária**: liberta o pobre! Tradução de Jaime Clasen. Petrópolis: Vozes, 1986, p. 97.



torna-se possível desencadear um discurso sobre um “poder constituinte dos pobres”, haja vista a encarnação do povo neste.

4.2 Política da Libertação e Constitucionalismo

O constitucionalismo dos países centrais, embora majoritariamente liberal, não ficou imune às transformações teóricas incidentes em suas respectivas sociedades, ocorridas paralelamente ao longo de sua trajetória. Afinal, tendências teóricas que ganham consistência no âmbito social tendem a afetar a compreensão de direitos e a articulação do poder estatal. No entanto, na América Latina, embora se tenha acumulado um sólido conjunto de formulações teóricas próprias, as quais dão conta, em larga medida, de uma robusta compreensão da realidade local, tal pensamento não atingiu de maneira substancial, nem a teoria constitucional, nem o conteúdo das cartas.

A impermeabilidade do pensamento constitucional regional ao pensamento crítico latino-americano, pode ser apontada como uma das causas da sua falta de autenticidade, que se soma à dificuldade de vincular-se à tradição de lutas populares aqui desenvolvida. Esta carência de autenticidade alimenta a inefetividade dos direitos e o distanciamento do funcionamento das instituições da vida dos socialmente mais fragilizados, revelando-se a eles fundamentalmente pela via repressiva.

Uma apropriação verdadeiramente popular do fazer constitucional implica reconhecer a existência de situações de opressão. Diante de tal consciência, busca-se perceber o Direito Constitucional como um cenário de luta, no qual, não cabe uma pretensão democrática pautada pelo indivíduo, como fez crer o liberalismo. Esta compreensão liberal fez com que ele se revestisse de uma igualdade formal, em um cenário de franca desigualdade, no qual populações marginalizadas não podem exercer seus direitos.

No âmbito do Direito e da Constituição, esta compreensão teórica da libertação também manifesta uma postura crítica e antiformalista,

En una política de la liberación, que es nuestro caso, la ley obliga no sólo pública o externamente (siempre también), sino que obliga igualmente intersubjetivamente, porque siendo lo público un modo de la intersubjetividad, siendo la ley fruto de un acto deliberativo de una comunidad política en la que cada miembro ha sido actor y con derechos de participación simétricos (en principio, y ya veremos en la parte crítica las objeciones a esta pretendida simetría); siendo por ello dicha ley obra de cada uno, es decir, de la que uno es responsable, y que al alcanzar el consenso al dictarla (a la ley) se constituyó a sí mismo como su autor y quedó por ello obligado, debe entonces obedecerla en el fuero interno subjetivo



(intersubjetivo), es decir, también se ha obligado a serle obediente bajo pena de recibir el castigo (la coacción legítima) que todos han estipulado en el momento de su participación discursiva, libre, autónoma, simétrica (en principio). La ley, lejos de obligar externamente y situar a la acción meramente como legal, obliga normativamente y determina a la voluntad como exigencia legítima (legitimidad que obliga deóntica subjetivamente a los participantes del campo político de manera análoga a como obligan las exigencias éticas a la conducta humana en general o abstractamente).³³

Para Dussel, a Constituição funda a unidade política, que parte do ato instituinte, pulsão da vontade popular que quer organizar-se. Assim, revela a relação entre poder instituinte, poder constituinte e poder constituído.

La decisión de la comunidad con poder soberano de institucionalizarse, es un acto segundo de la misma voluntad consensual que se determina a sí misma como poder instituirte- usando la expresión de Custodiadas-. En nuestro tiempo, el primer paso del poder instituyente es darse una constitución, una ley fundamental que defina el fundamento legal del futuro (sistema de derecho). Préstese atención al hecho de que el modo, forma o procedimiento que ese poder instituyente se dé a sí mismo determinará, como un a priori imposible de superar, el contenido formal mismo de la Constitución y el sistema del derecho organizarse. Si la convocatorias a nobles (no plebeyos), a propietario (no pobres), alfabetizados (no incultos), a varones (no mujeres), a libres (no esclavos), a criollos (no indígena), a blanco (no afros). Etc. Queda determinado el futuro contenido de lo sistema legal.³⁴

Nesta mesma linha, o autor denuncia os limites das proposições contemporâneas do liberalismo, em especial a proposta de John Rawls. Partindo especificamente para as questões constitucionais, Dussel vê nelas um espaço fundamental para a apropriação popular do poder, coma consequente projeção da vontade de viver das vítimas do sistema,

El poder instituyente, fundamento del constituyente, define en cierta manera el sistema del derecho futuro desde la auto-definición de los limites que fija la comunidad política que se afirma a sí misma y se reflexiona sobre sí decidiendo como institucionalizarse. (...) El procedimiento por el que se convoca y se organiza una Constitución no puede ser constitucional, es un poder anterior y fundacional. (...)Una vez que la comunidad instituyente se auto-determina como constituyente, confirma el modo o procedimiento por el que fue convocado como el que regulará o normará las discusiones decisorias para promulgar una Constitución. De nuevo, esas normas internas del cuerpo son y alas que determinan el contenido de la constitución. De toda as maneras, todas las decisiones, consenso, normas procedimentales tienen siempre como última instancia el poder de la comunidad política. Por otra parte, cuando la comunidad política se auto-constituye como poder instituido (potestas) al dar se una Constitución (se ala que fuere, y aun como forma muy simple de determinar su forma de gobierno en general), la comunidad, se transforma en Estado (en el sentido ampliado de Gramsci). Por ello hemos

³³ DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**. Volumen II. Arquitectonica. Madrid: Trotta, p.298-299.

³⁴ DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**. Volumen II. Arquitectonica. Madrid: Trotta, p. 291.



indicado más arriba que el estado es la comunidad política institucionalizada.
35

E assim, Dussel define o papel e a função da Constituição como sendo o acordo institucional explícito do consenso da comunidade, formado partindo da pluralidade de identidades que formam o povo; desta forma, consolida a vinculação entre *Potentia* e *Potestas*. Nesta vinculação, a comunidade política se pactua, percebendo os contornos da diferenciação entre a pluralidade de vontades consensuadas que formam a *Potentia*, bem como, a sua relação como a outra estrutura de poder, o conjunto de determinações institucionais que se formaliza mediante a Constituição, formando assim a *Potestas*.³⁶

A adoção constitucional do Pluralismo Jurídico, em sua vertente participativa e comunitária como será exposto adiante, tem o mérito de desvelar o caráter opressor da conjuntura política, propiciando o ajuste entre o constitucionalismo e a realidade histórica, caminho viável para a transformação social. Tal proposta reafirma a apropriação e a vinculação entre *potestas* (instituições) e *potencia* (povo), como sustenta Dussel, afinal:

En la Constitución deben positivarse (expresarse jurídicamente) los derechos humanos, que ya no son considerados meros derechos naturales, sino reconocidos como logros históricos de la conciencia político-jurídica de la comunidad. En esos derechos humanos (que son el fundamento del cuerpo de leyes futuro se reconoce, como hemos ya indicado, la pertenencia del ciudadano como sujeto de otros campos prácticos (derechos subjetivos y privados, por medio de los cuales el campo político se liga a todos los demás campos piráticos no-políticos), siendo el primero de esos derechos políticos el que afirma que el mismo ciudadano, autónomo (o libre) de manera privada (ya indicada) y públicamente (como participantes de la comunidad soberana), es la última instancia de toda decisión legislativa (institucionalizante, positivizante, juridizante). En tanto que se da a sí mismo las leyes (autolegislador soberano) la/el ciudadana/o es origen del derecho (fundamento de la legitimidad política de la ley) y destinatario (debe obedecer la ley por ser su propia decisión).³⁷

Historicamente na América Latina, o protagonismo popular é rechaçado em nome da ordem institucional, que constrói sua pauta organizativa de forma autônoma, sendo a política reduzida a um conjunto de relações entre as instituições vigentes, que se ampliam em número, mas diminuem sua atuação transformadora. O protagonismo político popular tem sido corroído pela atuação política dos agentes financeiros, que

³⁵ DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**. Volumen II. Arquitectonica. Madrid: Trotta, p. 296.

³⁶ DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación**. Volumen II. Arquitectonica. Madrid: Trotta, p.294

³⁷ DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación. Volumen II Arquitectónica**. Madrid: Editorial Trotta, 2009 p. 304



impõem a sua agenda ao Estado e ao sistema político como um todo. Assim, as medidas que “acalmam” o mercado são tomadas, por mais nocivas que possam ser ao povo e ao planeta como um todo.

A Política da Libertação indica a necessidade de instituir de forma concreta e não meramente erística, a centralidade política do povo, central como agente da ação política, mas também como finalidade da política. Nesta tarefa, a Constituição se apresenta como um espaço fundamental, como fonte de abertura das instituições à apropriação popular.

Em se tratando da análise das instituições, muitas vezes o ímpeto inicial tem sido o de destruí-las, haja vista o caráter opressor com que tradicionalmente elas se revestem. De forma mais exequível, a curto e médio prazos, a Política da Libertação aponta ações para sua reconstrução, ou para a construção de novas instituições, abertas ao povo e construídas a partir dele. A aspiração de destruir as instituições e, com elas, os vícios do espaço político é incauta; ao invés disso, é necessária a sua reinvenção, passando-se a exigir que “as instituições, o sistema, abram novos horizontes que transcendam a mera reprodução como repetição de ‘o mesmo’ – e, simultaneamente, expressão e exclusão de vítimas”.³⁸ O que se faz necessário, até mesmo, para uma superação futura da forma Estado.

Do poder fetichizado decorre a fetichização do Estado; soma-se a isso uma terceira fetichização, a da Constituição, que se realiza em um viés ideológico, pois sendo ela originária do cenário de lutas das relações políticas, cujo produto se converte em texto constitucional, a fetichização faz com que a Constituição passe a incidir na realidade de forma autônoma na sociedade, ocultando o caráter de luta política inerente a ela. Com isso, simula-se uma relação legal que busca ocultar a relação política ente os grupos e as classes. Em seguida, absolutiza-se a Constituição e os institutos dela decorrentes, como sendo frutos exclusivamente da razão e de uma vontade popular abstrata que paira transcendental às relações de poder e aos conflitos estabelecidos na realidade.

No processo de justificação ou ocultação das relações políticas desenvolve-se um lastro ficcional: primeiro na atuação da Carta Constitucional, em busca de dar

³⁸ DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000. P.566.



caráter mais objetivo ao Contrato Social; segue esta engenharia ficcional quando o Positivismo Jurídico vincula sua validade legitimadora no marco zero de uma Norma Fundamental hipotética, fantasia necessária à construção de um sistema fechado, sensível àquilo que Dussel chama de uma “totalização totalitária da totalidade”. Como bem aponta Berclaz: “Desde a Alteridade, é preciso compreender que a lei positiva (e o direito),

afinal, são instrumentos feitos para a produção e o desenvolvimento da vida dos seres humanos. A vida humana é a finalidade última da lei e do direito. Assim, não é a vida dos seres humanos que está a serviço de um um culto acrítico, celebratório e fetichista da lei injusta; mas a lei e o direito que precisam estar a serviço da vida.”³⁹

A superação da lógica da cobiça demanda a necessidade da lei e o direito representarem um referencial na ruptura com o constitucionalismo tradicional, no qual se tem a subtração do exercício do poder por seu titular: o povo, por meio de mecanismos de usurpação popular, e também pela distorção da compreensão do que seja o povo. Tal ruptura com essa tradição se dará com a construção de mecanismos de re-apropriação da vida política, passando de um marco da Fetichização do poder, para um referencial pautado pela construção do poder obedencial para usar uma acepção Dusseliana.

Considerações finais

Na atualidade a lei se arroga ser a expressão da vontade popular, afirmando ter o povo na base de sua sustentação. No entanto, tal menção, que tem caráter legitimador, nem sempre garante a efetividade da vontade popular. Tem-se, assim, a dissociação entre a origem e a finalidade do poder político⁴⁰, à medida que o poder emana do povo, mas por ele não é efetivamente manuseado.

³⁹BERCLAZ, Marcio. **Da injustiça à democracia: ensaio para uma Justiça de Libertação a partir da experiência zapatista**. Tese apresentada ao PPGD/UFPR, 2017, P.180

⁴⁰COMPARATO, Fábio Konder. Por que não a soberania dos pobres? in: SADER, Emir. **Constituinte e democracia hoje**. 2º. São Paulo: brasiliense, 1985, p. 101.



Uma proposta legal, construída em uma perspectiva de libertação, permite a apropriação e a vinculação popular do poder. Como sustenta Dussel, a Constituição trata de dimensionar juridicamente (positivar) os direitos humanos, vistos não como expressões do Direito Natural, mas como conquistas históricas da consciência jurídica das vítimas, tidas como sujeitos de outros campos práticos, os quais a política congrega. A prerrogativa que inaugura este conjunto de direitos é a qualidade do sujeito livre figurar como participante desta comunidade política soberana, como fonte e instância suprema da deliberação pública de onde emanam a institucionalidade, a positivação e a juridicização, figuras do Direito. Estabelece-se, assim, para si mesmo, as normas, sendo sua origem e fonte de legitimidade, ao mesmo tempo que é o seu destinatário.⁴¹

⁴¹ DUSSEL, Enrique. **Política de la liberación. Volumen II arquitectónica**. Madrid: editorial Trotta, 2009 p. 304