

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

DELIMITAÇÕES SOBRE O NOVO MOVIMENTO CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES EM RELAÇÃO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

DELIMITACIONES SOBRE EL NUEVO MOVIMIENTO CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA: DIFERENCIAS Y APROXIMACIONES EN RELACIÓN AL NEOCONSTITUCIONALISMO

Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira

Resumo

O debate em torno do denominado novo constitucionalismo latino-americano, não obstante a pluralidade de concepções teóricas que abordam a questão, versa de maneira geral sobre o aprofundamento da participação popular e a introdução das lógicas das cosmovisões indígenas como guia interpretativo e integrador de suas Constituições. Essa nova concepção teórico-política inaugura um novo paradigma constitucional na América Latina. A partir das experiências do Equador (2008) e da Bolívia (2009) trazem-se à concretude textual as noções de pluralismo jurídico indígena e de Estado plurinacional. Por considerarem as cosmovisões (sumak kawsay, buen vivir etc.) dos povos originários daqueles países historicamente reprimidas, silenciadas e violentadas como fonte de legitimidade política e de elaboração legislativa, essas Constituições fortalecem a autodeterminação indígena, construindo uma nova agenda política quanto aos direitos dos povos originários e a influência destes no modelo de desenvolvimento em âmbito nacional. Ademais, por serem fruto de processos radicalmente democráticos, em que assembleias constituintes de intensa participação popular foram instauradas mediante plebiscito e o texto constitucional resultante aprovado por meio de referendo, refletem o ideal de que a Constituição transpareça a vontade soberana do poder constituinte originário. Profundas mudanças na estruturação do Estado e suas instituições fizeram-se necessárias para acompanhar o objetivo de efetivação de novas formas de democracia (direta, participativa e comunitária, além da clássica democracia representativa) e maior apropriação do Estado pelo povo. Com o fim de delinear as características centrais ao novo constitucionalismo latino-americano a partir de dois eixos principais, quais sejam, o aprofundamento democrático e o avanço quanto aos direitos dos povos originários, serão utilizadas as construções teóricas de Viciano Pastor e Martínez Dalmau, bem como aquela de Raquel Y. Fajardo. Em momento ulterior, com base no aparato teórico a que se chega, será feito um cotejo entre o Neoconstitucionalismo de origem europeia e os traços principais do novo movimento constitucional na América Latina, de maneira a concluir que apesar de não negar aquele, o novo constitucionalismo tem razões fundamentalmente diversas, sobretudo quanto a sua intenção descolonizadora e sua origem a partir da insurgência de movimentos populares no continente sul americano.

Palavras-chave: Palavras-chave: novo constitucionalismo latino-americano, Assembleia constituinte, Pluralismo jurídico, Neoconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

El debate sobre el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano, a pesar de la pluralidad de concepciones teóricas que abordan el tema, trata de manera general de la profundización de la participación popular y la introducción de la lógica de las cosmovisiones indígenas como fuente interpretativa y integradora de sus Constituciones. Esta nueva concepción teórico-política plantea un nuevo paradigma constitucional en América Latina. Las experiencias de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) representan la concreción textual de las nociones de pluralismo jurídico indígena y de Estado plurinacional. Por considerar las cosmovisiones de los pueblos originarios de esos países - históricamente reprimidos, silenciados y maltratados - como fuente de legitimidad política y técnica legislativa, estas Constituciones fortalecen la autodeterminación indígena, construyendo una nueva agenda política con respecto a los derechos de los pueblos indígenas y su influencia en el modelo de desarrollo a nivel nacional. Además, porque son el resultado de procesos radicalmente democráticos, en las que las asambleas constituyentes de intensa participación popular se introdujeron por referéndum y el texto constitucional fue sometido a votación para su entrada en vigor, reflejan el ideal de que la Constitución sea la voluntad soberana del poder constituyente originario. Cambios profundos en la estructura del Estado y sus instituciones eran necesarias para mantenerse al día con el objetivo de la realización de nuevas formas de democracia (directa, participativa y comunitaria, más allá de la democracia representativa clásica), y una mayor apropiación del Estado por el pueblo. A fin de esbozar los rasgos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano desde dos áreas principales, a saber, la profundización democrática y el progreso con respecto a los derechos de los pueblos indígenas, se utilizarán las construcciones teóricas de Viciano Pastor, Martínez Dalmau y Raquel Y. Fajardo. Posteriormente, con base en el aparato teórico que se alcanza, habrá una comparación entre el Neoconstitucionalismo de origen europea y las principales características del nuevo movimiento constitucional en América Latina con el fin de concluir que si bien no se puede negar aquel, las razones del nuevo constitucionalismo son fundamentalmente distintas, sobre todo por su intención de descolonización y su origen desde la insurgencia de los movimientos populares en el continente latinoamericano.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: nuevo constitucionalismo latinoamericano, Asamblea constituyente, Pluralismo jurídico, Neoconstitucionalismo

1 Introdução

Viu-se emergir nos últimos anos¹ um novo movimento constitucional em alguns países da América do Sul, a partir de processos políticos que culminaram em reformas constitucionais, impulsionados por cenários de intensos conflitos socioeconômicos e políticos.

A Bolívia em 2009 e o Equador em 2008 aprovaram novo texto constitucional, de cuja elaboração participaram ativamente aqueles que historicamente foram excluídos das decisões políticas do Estado, dentre os quais se encontram os indígenas, os afrodescendentes, as mulheres, os camponeses, além de outros grupos representados por movimentos sociais. Tais processos constituintes se deram como fruto da reorganização dos movimentos populares de esquerda nestes países, como reação às políticas privatizantes do neoliberalismo no final do século XX.

As referidas constituições pretenderam a refundação do Estado, instituindo o Estado plurinacional (no caso da Bolívia) e trazendo novos conceitos de legitimidade e democracia participativa, novas e mais profundas formas de participação política popular e de organização institucional estatal², maior intervenção do Estado na economia, dentre outras mudanças, na intenção de superação dos constitucionalismos precedentes na América Latina.

Para tanto, tomou-se como fonte integrante e informadora de sua teoria constitucional o conhecimento tradicional de seus povos originários, evidenciado pela menção a valores e princípios ético-morais indígenas em seus textos, a exemplo do *Sumak Kawsay*, do *buen vivir*, e da evocação da *Pachamama (Madre Tierra)*, alçada a sujeito de direitos na carta equatoriana.

Ademais, estabelece-se expressamente naqueles Estados o pluralismo jurídico, – em cada país a sua forma, com suas peculiaridades e limites –, com a criação de jurisdição indígena autônoma. Assim, pretende-se romper definitivamente com o Estado monista e monocultural e com a hegemonia epistêmica da Modernidade europeia, ao se internalizar outras lógicas de desenvolvimento fundadas nas cosmovisões indígenas, com intenções descolonizantes de todas as estruturas do Estado.

É de ver-se, portanto, que o distanciamento em relação à herança cultural colonizadora e assim aos marcos teóricos europeus e norte-americanos pauta as mudanças ideológicas e conceituais do novo movimento constitucional latino-americano.

¹ Não há consenso doutrinário acerca do marco temporal que inicia o fenômeno comumente denominado ‘Novo Constitucionalismo Latino-americano’, há autores, a exemplo de Raquel Y. Fajardo, que vislumbram a década de 1980 como o início do novo paradigma, enquanto outros, como Viciano Pastor e Martínez Dalmau, que indicam o início do processo constituinte colombiano de 1991 como marco temporal inicial do novo constitucionalismo, mas não contínuo.

² Inclusive com a criação, na Bolívia, de um Tribunal Constitucional Plurinacional, de participação indígena obrigatória. (Artigo 206, I, da Constituição da Bolívia de 2009).

A tarefa de demarcar e caracterizar o novo constitucionalismo latino-americano nos revela a carência de sistematização teórica deste objeto de estudo. Apesar da existência de diversas reflexões acerca do novo constitucionalismo latino-americano, sob os mais variados enfoques possíveis³, é notória a ausência de um estudo geral que evidencie as tendências comuns aos recentes processos constitucionais que tomaram lugar na América Latina. (UPRIMNY, 2011, p. 110)

Em verdade, a divergência é a tônica comum entre as contribuições teóricas que trataram de caracterizar este novo fenômeno constitucional⁴, tanto quanto aos aspectos temporal e espacial, quanto no sentido ideológico e material, referente ao conteúdo desses novos textos.

À guisa de exemplo, há quem vislumbre na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traços incipientes deste novo constitucionalismo⁵, ao passo que há autores⁶ que somente consideram as constituições do Equador e da Bolívia, aprovadas em 2008 e 2009, respectivamente, como as únicas representantes do novo movimento constitucional latino-americano.

³ Alguns exemplos são: Buelga (2011), que relaciona novo constitucionalismo latino-americano, Estado e mercado; Catherine Walsh (2009) que trata do tema pelo viés intercultural das constituições; Villabella Armengol (2010) que enfatiza as mudanças desse novo movimento no âmbito da democracia, Sieder, (2010), que analisa a temática desde os direitos dos povos indígenas; Gargarella (2011), que cuida das mudanças institucionais trazidas pelas novas cartas e faz feroz crítica ao hiperpresidencialismo; dentre várias outras perspectivas, tantas quanto as possibilidades de variedade temática dos textos constitucionais permitirem.

⁴ Expressão emblemática desse fato é a miríade de denominações criadas para este novo movimento constitucional em nosso continente, conforme demonstra Brandão (2013, p. 15): “i) Novo Constitucionalismo Latino Americano (Viciano e Dalmau, 2010; 2011; 2011b; Dalmau 2008); ii) Constitucionalismo Mestiço (Baldi, 2009); iii) Constitucionalismo Andino (Wolkmer, 2010); iv) Neoconstitucionalismo Transformador (Santamaria, 2011); v) Constitucionalismo do Sul (Pissarelo, 2008); vi) Constitucionalismo Pluralista (Fajardo, 2011); vii) Constitucionalismo Experimental ou Constitucionalismo Transformador (Sousa Santos, 2010c) viii) Constitucionalismo Plurinacional e Democracia consensual plural do novo Constitucionalismo Latino-Americano (Magalhães, 2011) ou Novo Constitucionalismo Indo-afro-latinoamericano (Magalhães, 2010); ix) Constitucionalismo Pluralista Intercultural (Wolkmer, 2010, p. 154); x) Constitucionalismo Indígena (Clavero, 2011); xi) Constitucionalismo Plurinacional Comunitário (Chivi Vargas, 2009); xii) O Novo Constitucionalismo Indigenista (Ramirez, 2009) e xiii) Constitucionalismo da Diversidade (Uprimny, 2011)”. Além das tipologias trazidas acima, também a expressão “constitucionalismo sin padres” tem sido usada para qualificar este novo constitucionalismo latino-americano, pelo autor Rubén Martínez Dalmau, notadamente em: MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. En: Tempo Exterior. Nº 17, julio-diciembre de 2008, p. 5-15.

⁵ A exemplo dos autores UPRIMNY (2011) à p. 110, bem como PISARELLO (2009), à p. 2.

⁶ Cf. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. GARAVITO, César Roberto (Org.). El Derecho em América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-184. E ainda: BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. O novo constitucionalismo pluralista latino-americano: participação popular e cosmovisões indígenas pachamama e sumak kawsay. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

É esperado que tal disparidade ocorra, afinal o viés ideológico a partir do qual se analisa a temática ou aspectos priorizados na teorização definem a criação doutrinária que dali emergirá. Assim, abordar-se-á prioritariamente as propostas de Viciano Pastor e Martínez Dalmau, cuja concepção, ao lançar os fundamentos teóricos e práticos do novo constitucionalismo, é hegemônica⁷ no âmbito do círculo dos estudos constitucionalistas latino-americanos; e finalmente aquela de Raquel Z. Y. Fajardo, que logrou organizar em três ciclos as recentes reformas constitucionais na América Latina sob o prisma do pluralismo jurídico e dos direitos indígenas. Tal escolha se deu tanto pela primazia das construções teóricas dos aludidos autores, quanto pela relevância ao propósito do presente trabalho, isto é, o esforço de delineamento do novo constitucionalismo latino-americano e a análise das semelhanças e distinções entre o Neoconstitucionalismo de origem europeia e o novo constitucionalismo que se solidifica na América Latina.

Não obstante, a exposição *en passant* de outras contribuições se faz oportuna para melhor compreensão desse arcabouço doutrinário em construção, o que se fará de maneira esparsa ao longo do presente trabalho.

2 Os fundamentos práticos e teóricos do Novo Constitucionalismo Latino Americano na concepção de Viciano Pastor e Martínez Dalmau

Os autores, ambos professores da Universidade de Valência, foram assessores constituintes dos processos ocorridos na Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2006-2009), e se encontram na vanguarda da construção doutrinal do novo constitucionalismo.

A partir da análise da evolução histórica do Estado Constitucional até a teoria democrática da Constituição, aquela em que a Constituição é tida como “[...] fruto do poder constituinte, legitimada democraticamente, plenamente normativa e cujo objetivo é materializar a vontade dos povos expressa no uso de seu poder (constituinte).” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 310, tradução nossa), os autores asseveram que é na América Latina que os últimos avanços no sentido da realização prática deste modelo de constitucionalismo democrático vêm ocorrendo, isto devido a condições políticas e sociais

⁷ A este respeito cf. BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Carlos (Orgs.). Crítica Jurídica na América Latina. Aguascalientes : CENEJUS, 2013. p. 96.

presentes em certos países andinos. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 310)

Assim é que em alguns países da América do Sul se viu aprovarem textos constitucionais que lograram expressar a vontade do povo, resultantes de Assembleias Constituintes com intensa participação popular, e que asseguram que somente a soberania popular, através de plebiscito e referendo, poderá alterar a Constituição.

Destarte, na perspectiva dos autores, a anterior pecha de constitucionalismo falido – “[...] aquele que não foi capaz de avançar com a profunda transformação das sociedades.” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 307, tradução nossa) – que pairava sobre o continente, dá lugar a este novo processo, que resgata a origem radical-democrática do Constitucionalismo Jacobino, ao qual denominam *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010a, p. 18; 2011, p. 310)

Em um cotejo entre o novo constitucionalismo latino-americano e o neoconstitucionalismo de matriz europeia, Viciano e Dalmau aduzem que aquele seria fruto das reivindicações dos movimentos sociais, o que explica a ausência de teorização sólida sobre o fenômeno, sendo assim uma corrente constitucional em construção, enquanto o último trata-se de uma corrente doutrinária consolidada, resultante de anos de construção teórica acadêmica. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 312)

Entretanto, não se nega certa complementariedade entre as duas categorias, haja vista que assim como o neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo é essencialmente principista (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 322), além de afirmar a constitucionalização do ordenamento jurídico e a construção teórica com vistas a uma prática que leve à construção do Estado Constitucional⁸.

A diferença primordial entre ambos os modelos constitucionais seria a preocupação, central ao Novo Constitucionalismo Latino-americano, com a questão da legitimidade democrática (de caráter extrajurídico, portanto) da constituição, ademais de sua dimensão puramente jurídica. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 313). Nesse sentido, os autores concluem que o novo constitucionalismo é principalmente uma teoria

⁸ Nesse sentido, afirmam os autores cuja concepção ora se debate: “[...] no es un Estado (neo)constitucional aquel con presencia de una constitución únicamente en sentido formal [...]” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 309), e ainda: “[...] “[...] el neoconstitucionalismo pretende [...] alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho.” [...]” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 311)

(democrática) da constituição, enquanto o neoconstitucionalismo é uma teoria do direito, porquanto “seu fundamento é a análise da dimensão positiva da Constituição.” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 311, tradução nossa)

Não obstante as peculiaridades inerentes aos processos constituintes em cada país, na perspectiva de Viciano e Dalmau, elenca-se como primeiro elemento comum ao novo constitucionalismo na América Latina a origem genuinamente democrática dessas novas cartas, expressa na natureza dos processos constituintes de que são resultados.

A América Latina somente conhecia processos constituintes representativos dos interesses das elites, e que assim não se amoldavam à natureza do poder constituinte, enquanto manifestação soberana de vontade política do povo. Na expressão dos autores, nossa América carecia de “*procesos constituyentes ortodoxos*” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 315), assim considerados aqueles plenamente democráticos.

Tal ciclo de nominalismo constitucional⁹ e pouco original, já que a influência do constitucionalismo norte-americano e europeu sempre se fez presente em nossas constituições (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 316 e p.318), só veio a ser quebrado efetivamente com o processo que culminou na Constituição colombiana de 1991 e se iniciou alguns anos antes, propulsionado por manifestações populares. Assim, movida pela necessidade de oferecer respostas aos problemas políticos e sociais de então, instalou-se uma Assembleia Constituinte democrática com o fito de reconstruir o Estado colombiano.

Enfatize-se que o Novo Constitucionalismo Latino-americano não tem uma identidade temporal (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 319). É dizer, a Constituição colombiana de 1991 não marca o início do novo paradigma constitucional na América Latina de forma contínua, implicando que nem toda constituição de países do continente posterior a esta data será integrante deste novo movimento constitucional, sendo exemplo claro a Constituição peruana de 1993, promulgada sob o manto do fujimorismo. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 319-320)

⁹ Segundo a classificação ontológica das constituições, criada por Karl Loewenstein, constituições nominais seriam aquelas situadas “entre a constituição normativa e a constituição semântica. Nelas, a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, embora elas conservem, em sua estrutura, um caráter educativo, com vistas ao futuro da sociedade. Seriam constituições perspectivas, isto é, voltadas para um dia serem realizadas na prática. Mas, enquanto não realizarem todo o seu programa, continuaria a desarmonia entre os pressupostos formais nelas insculpidas e sua aplicabilidade. É como se fossem uma roupa guardada no armário que será vestida futuramente, quando o corpo nacional tiver crescido.” (BULOS, 2010, p. 114)

Logo, somente aquelas constituições nascidas de processos constituintes ortodoxos – com “plebiscito ativador do processo constituinte e referendo de aprovação do texto constitucional” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 320, tradução nossa) –, caracterizadas pela necessidade constituinte¹⁰ – expressa pela premência de crises socioeconômicas e políticas –, e que resultam assim em textos constitucionais que legitimam tal processo constituinte revolucionário e caminham em direção à efetivação de um Estado Constitucional, poderão, na acepção de Viciano e Dalmau, ser consideradas integrantes do novo constitucionalismo latino-americano.

Assim, para além da legitimidade dos processos democráticos por meio dos quais se tecem as novas constituições latino-americanas, bem como da necessidade de esforços de criação de mudanças que respondam aos anseios sociais e políticos através de novos textos constitucionais, também o fortalecimento da dimensão política da Constituição, visível na linguagem simbólica¹¹ que perpassa as novas cartas, e a ruptura democrática com o passado em detrimento da continuidade constitucional – onde se outorgava o poder de reforma da Constituição ao Poder Legislativo –, são traços distintivos do *nuevo constitucionalismo latinoamericano*¹². (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 321)

De maneira mais sistemática e profundamente relacionada aos aspectos característicos do Novo Constitucionalismo, trazidos no parágrafo precedente, os autores elencam como elementos formais que mais caracterizam o novo paradigma constitucional os seguintes: a originalidade de suas cartas, expressa através de seu conteúdo inovador; a amplitude de seus textos; a complexidade de seus temas, ainda que transmitidos em linguagem acessível e a rigidez de suas constituições, que exigem a ativação do poder constituinte do povo como requisito para mudanças constitucionais. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 322)

¹⁰ Tome-se como exemplo o caso Venezuelano: no final dos anos 80 e nos anos 90, havia forte crise social e política no país, marcada por violentos protestos que ficaram conhecidos como “*caracazo*”, com saldo de morte de acima de 500 pessoas. Sobre o processo constituinte venezuelano cf. VICIANO PASTOR, Roberto; MARTINEZ DALMAU, Rubén. *Cambio político y proceso constituyente em Venezuela (1998-2000)*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001. De igual maneira, também a Bolívia e o Equador se encontravam em situação de crise socioeconômica e política-institucional, que culminou inclusive na vacância do cargo de Presidente na Bolívia, até a chegada ao poder de Evo Morales e a convocatória para a formulação de novo texto constitucional através de plebiscito. Sobre a situação política que precedeu a Assembleia Constituinte (também plena de tensões) na Bolívia e no Equador cf. ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. **Constitución y democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, N° 25, p. 49-76, 2010.

¹¹ À guisa de exemplo, os autores mencionam a mudança de “República de Venezuela” para “República Bolivariana de Venezuela”, e de “República de Bolívia” para “Estado plurinacional de Bolívia.”

¹² Nesse sentido, a Constituição da Bolívia de 2009 é um exemplo emblemático tanto da vontade de ruptura com o passado quando do fortalecimento da dimensão política da Constituição, ao trazer expressamente em seu preâmbulo a seguinte afirmação: “*Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal*”.

O elemento originalidade é fruto direto da intenção de mudança (às vezes chega-se à própria refundação do Estado, como é o caso boliviano), que inspira os novos textos constitucionais. É também em consideração a tal aspecto que Boaventura de Sousa Santos afirma que *“El constitucionalismo plurinacional e intercultural tiene otra característica, tiene que ser experimental. No es posible resolver todas estas cuestiones en una Constitución de este tipo.”* (SANTOS, 2007, p. 28)

A imperatividade de mudanças profundas e sobretudo de novas institucionalidades também é enfatizada pelo jurista argentino Roberto Gargarella (2011, p. 289-303), ao atentar para o risco da ausência de reforma substancial na *sala de máquinas* da Constituição, capazes de adequar a organização do Poder Político ao caráter da nova carta e a suas intenções de reforma social.¹³

Viciano e Dalmau, no mesmo sentido, apontam o afastamento das novas constituições em relação aos modelos constitucionais prévios, findando a cultura de *“transplantes o injertos constitucionales anteriores”*¹⁴ (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 322), característica do nosso constitucionalismo de herança colonial, criando-se formas institucionais próprias, mais adequadas às idiossincrasias de cada lugar e cada época.

É nesse contexto que se vê o surgimento do referendo revocatório de mandato eletivo na Colômbia, Venezuela e Bolívia, da superação da divisão tripartite do poder na Venezuela, da criação do Tribunal Plurinacional na Bolívia, dentre outras inovações. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 322)

Os elementos amplitude dos textos constitucionais e complexidade de seus temas se relacionam na medida em que, por mais que se preze pela simplicidade de linguagem em tais constituições, também a clareza de seus comandos se faz essencial, pois configura garantia da permanência da vontade do constituinte, resguardando-se assim o texto original – deliberado e aprovado em processo plenamente democrático –, do esquecimento ou de interpretações indevidas por parte dos poderes constituídos, superando-se, por conseguinte, a distância entre

¹³ Para o aprofundamento nessa questão, bem como para análise crítica acerca da manutenção de concentração e poder nas mãos do Poder Legislativo, sobretudo do Presidente da República, nas novas constituições latinoamericanas, tema não abrangido pelo escopo do presente estudo, recomenda-se a leitura de: GARGARELLA, Roberto. **El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010)**. In: Gaceta Constitucional, nº 48, 2011. p. 289-305.

¹⁴ No tocante aos referidos transplantes e enxertos constitucionais e a necessidade de conformação entre a filosofia pública de uma constituição e as contribuições constitucionais de que se faz uso para sua formulação, recomenda-se a leitura de: GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes**. 2009. Coloquio Derecho, Moral y Política, Universidade de Palermo: Disponível em: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf. Acesso em: 24 jun. 2015.

vontade constituinte e poder constituído, tão presente no constitucionalismo precedente na América Latina. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 322)

A complexidade também se vislumbra no caráter técnico inerente a certos temas jurídicos e na complexidade institucional que visa à superação de situações concretas. De tal forma, ainda que seja necessário tratar de ações de garantia de direitos constitucionais, a Constituição da Bolívia de 2009, exemplificativamente, as denomina em castelhano, em detrimento das tradicionais expressões latinas¹⁵.

Finalmente, o elemento formal rigidez constitucional, isto é, a proibição de reforma constitucional pelo poder constituído ou derivado, se justifica pelo rompimento democrático que caracteriza o novo constitucionalismo latino-americano, cujo fim é a construção de uma nova legitimidade jurídica, bem como pelo intuito de que o texto constitucional transpareça a vontade soberana do poder constituinte, em um resgate do conceito de soberania popular e da doutrina clássica do poder constituinte. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010b, p. 17)

Em adição aos elementos formais e aos traços característicos já expostos, os autores concluem a tarefa de sistematizar os fundamentos teóricos e práticos do novo movimento constitucional latino-americano elencando os elementos materiais comuns às constituições do novo constitucionalismo, que estão inerentemente interligados aos traços e elementos anteriores.

Nesse contexto, a participação popular direta é elemento material notório comum às constituições andinas¹⁶ do novo momento constitucional. Vê-se a promoção de formas diretas de participação, em complemento ao já conhecido sistema de democracia participativa. Ao mesmo tempo, estabelecem-se formas de controle do poder constituído, através de mecanismos de participação vinculante, o que enfatiza a originalidade dessas constituições. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 326)

No mesmo sentido, há a mitigação do poder político delegado aos partidos políticos, que se veem limitados pelo controle direto do povo, de maneira a evidenciar o fenômeno da assimilação do Estado pelo povo (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 326). É dizer, a vontade estatal se identifica com a vontade da sociedade através de mecanismos distintos aos partidocráticos.

¹⁵ Assim *habeas corpus* e *habeas data* são chamados *acción de libertad* e *acción de protección de privacidad*, respectivamente, conforme consta no Título IV, art. 109 e ss. da Constituição boliviana de 2009.

¹⁶ Alguns exemplos são o artigo 11 da Constituição boliviana de 2009 e os artigos 6,18, 55 e outros da constituição venezuelana de 1999, que tratam da “democracia participativa”; A Constituição do Equador de 2008 cuida da “participação na democracia” em seu Título IV, capítulo I, seção terceira; Já a Constituição colombiana de 1991 se refere a “formas de participação democrática” Título IV, Capítulo I.

Outro elemento material caracterizante é a extensa carta de direitos¹⁷, pois ao contrário do constitucionalismo clássico, as novas constituições latino-americanas consagram amplo rol detalhado de direitos, de forma a identificar seus titulares, sejam individuais ou coletivos (sobretudo direitos relativos a minorias, pois o que se busca é a integração social daqueles historicamente excluídos¹⁸).

Ademais, verifica-se a incorporação de tratados internacionais atinentes aos direitos humanos, e o próprio texto constitucional prioriza a interpretação extensiva de seus beneficiários, bem como a interpretação mais favorável a estes. Dessa forma, juntamente com o catálogo de “*acciones directas de amparo*”, objetiva-se a máxima concretização dos direitos, especialmente aqueles classificados como sociais. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 326)

Aliado ao elemento anterior, o caráter normativo¹⁹ das constituições e sua posição de superioridade hierárquica dentro do ordenamento jurídico, configura o terceiro elemento material a marcar o novo constitucionalismo latino-americano. Portanto, além das ações constitucionais, os autores assinalam, no sentido da maior consolidação da democracia, o controle concentrado²⁰ de constitucionalidade como “*elemento revolucionador de la normatividad constitucional en América Latina*”. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 327)

Finalmente, o último elemento material arrolado por Viciano e Dalmau é a extensão das constituições econômicas nos textos das novas cartas latino-americanas. Isto se dá por

¹⁷ Acerca da extensão do rol dos novos direitos nas constituições latino-americanas, Roberto Gargarella ressalta que não obstante os novos direitos não se converterem magicamente em realidade, a ausência de sua positivação representa óbice maior à sua concretização, pois quando o Judiciário não encontra respaldo na lei para garantia destes direitos, os juízes tendem a ignorar sua existência. (GARGARELLA, 2009, p. 13)

¹⁸ Nesse sentido, a Constituição boliviana de 2009 é representativa por seu avanço na garantia dos direitos indígenas, visível através da criação da jurisdição indígena independente da jurisdição ordinária, o que o transformou a Bolívia em um Estado Plurinacional, além da criação do Tribunal Constitucional Plurinacional, bem como diversos outros direitos relativo aos povos originários trazidos naquela Constituição. Sobre o tema do pluralismo jurídico trataremos de maneira mais aprofundada adiante na oportunidade em que analisaremos a classificação de Raquel Fajardo.

¹⁹ Sobre classificação ontológica das constituições, criada por Karl Loewenstein, remetemos à nota 19. Assim, constituição normativa são “[...] aquelas perfeitamente adaptadas ao fato social. Além de juridicamente válidas, estariam em total consonância com o processo político. No dizer de Loewenstein, o texto constitucional normativo poderia ser comparado a uma roupa que assenta bem e que realmente veste bem.” (BULOS, 2010. p. 114)

²⁰ A maioria dos países da América Latina adotam modelos mistos de controle constitucional, baseado nos modelos norte-americanos e continental europeu, isto é “[...] por un lado, los jueces y juezas en sus casos aplican directamente la constitución pero, por otro, las cortes o tribunales constitucionales deciden de manera general y obligatoria para todos los casos.”, conforme explica Ramiro Santamaría (2011, p. 64). O mesmo autor, na mesma obra e página, atribui a este modelo de controle misto de constitucionalidade a originalidade latino-americana, fazendo uma crítica a Martínez Dalmau, defensor do controle concentrado ao estilo europeu, além de classificar de injustificável o distanciamento das novas constituições da região do modelo misto latinoamericano, já que as constituições da Bolívia, Equador e Venezuela contém normas que determinam o controle concentrado de constitucionalidade à moda europeia.

causa da ampliação da intervenção do Estado²¹ na economia, já que o Estado Constitucional no novo constitucionalismo tem como meta a superação das desigualdades econômicas e sociais, o que muitas vezes resulta em políticas econômicas pouco precisas, resultado da adoção pontual de vários modelos econômicos. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 326-327)

O novo paradigma constitucional latino-americano se transfigura assim em um movimento em que teoria e prática se unem para a construção de um projeto de Estado democrático Constitucional inclusivo e democraticamente legitimado, capaz de oferecer novas soluções constitucionais aos velhos problemas da América Latina, inclusive através de maior integração – entendida para além do aspecto meramente econômico – entre os países da região.

Ainda, faz-se oportuno ressaltar, embora seja ilação direta da conceituação doutrinária ora exposta, que a Constituição brasileira de 1988, embora apresente algumas características das novas constituições, não pode ser considerada como integrante do novo constitucionalismo latino-americano, para Viciano e Dalmau.

De fato, o processo constituinte brasileiro não cumpriu os requisitos de legitimidade necessários, na visão dos autores, para que certa constituição seja considerada parte do novel movimento, pois a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada sob a sujeição ao período de transição do regime ditatorial a um sistema de democracia. Assim, não houve ativação direta do poder constituinte, tampouco ratificação popular do texto constitucional, além de que não se vislumbra na carta brasileira a rigidez necessária no tocante a reformas.

É notório que os autores espanhóis dão ênfase ao aspecto do aprofundamento da democracia nas novas cartas latino-americanas, não dispensando tanta atenção às contribuições inovadoras das constituições da Bolívia e do Equador no que atine à

²¹ Viciano e Dalmau citam como exemplo da maior atuação estatal na economia a participação na decisão pública dos recursos naturais e a regulamentação da atividade financeira. É verdade que algumas constituições buscam formas alternativas de desenvolvimento econômico, de que é exemplo a Constituição do Equador de 2008, ao introduzir direitos relacionados a *Pacha Mama* e o *buen vivir*, entretanto cumpre mencionar a observação de Rodrigo Uprimny em comentário a este aspecto do novo movimento constitucional: “*En cuanto a los contenidos constitucionales, dos temas parecen diferenciar lastendencias nacionales: la relación entre el Estado y la economía [...] Así, por un lado, los procesos constitucionales no han sido indiferentes al debate sobre la reforma del Estado derivada de las estrategias reformadoras impulsadas por los organismos fi nancieros internacionales, puesto que las discusiones sobre el papel económico y social que debería tener el Estado fueron obviamentemuy importantes en las deliberaciones constitucionales. En este punto, como ya se señaló, es posible distinguir entre Constituciones más amigables con el mercado y más cercanas al Consenso de Washington, como la peruana, y otras más dirigistas y que según ciertas visiones (Santos, 2010) se proponen una agendasuperadora del capitalismo, como la ecuatoriana y la boliviana.*” (UPRIMNY, 2011. p. 127). A verdade é que cada concepção doutrinária sobre o que constitui o novo constitucionalismo na América Latina influenciará diretamente no universo de constituições consideradas integrantes desse movimento na região, assim algumas afirmações são verdadeiras para certos conceitos de novo constitucionalismo e não para outros.

incorporação do conhecimento dos povos originários como fundamento daquelas cartas, o que permitiu a criação de novas institucionalidades plurinacionais e o avanço quanto aos direitos indígenas. Nesse sentido é a crítica de Brandão (2013, p. 30):

Negar essas contribuições para o processo democrático é interpretar monoculturalmente as Constituições desses países e recusar o maior avanço que essas Cartas alcançaram: o respeito aos povos ancestrais e a suas tradições. [...] Dessa forma, a concepção dos autores citados parecem estruturas que revelam implicações políticas mais ligadas a uma esquerda marxista ortodoxa, que não consegue reconhecer a contribuição indígena para o processo Constitucional, tendo em vista que envolve o conhecimento e o respeito aos povos ancestrais - que tem outra dinâmica de produção econômica e de interação com o meio ambiente. São resquícios do eurocentrismo que encobre outras perspectivas de mundo.

Por óbvio, a temática da maior participação popular no controle do Estado e da economia e do aprofundamento das categorias clássicas do constitucionalismo se aproxima em diversos pontos com a questão indígena e os avanços interculturais, plurinacionais e descolonizadores do novo paradigma constitucional na América Latina, pois são fios entrelaçados na tessitura do texto constitucional, de forma que se faz impossível trilhar um deles sem se deparar com o outro.

3 Ciclos de reformas constitucionais latino-americanas sob o enfoque da diversidade cultural e do direito dos povos indígenas na percepção de Raquel Fajardo

A partir da análise das últimas reformas constitucionais ocorridas na América Latina nas últimas três décadas (de 1980 a 2010), sob o enfoque prioritário dos direitos indígenas e da abertura multicultural, intercultural e pluralista nas novas cartas, a autora logrou a sistematização de tais constituições em três ciclos pluralistas (com diversos níveis de profundidade de acordo com cada constituição), quais sejam: a) o ciclo do constitucionalismo multicultural (1982-1988); b) o ciclo do constitucionalismo pluricultural (1989-2005); c) o ciclo do constitucionalismo plurinacional (2006-2009).

Tais novidades constitucionais no *“horizonte del constitucionalismo pluralista”* transformam as relações entre Estado e povos indígenas, de maneira que em alguns casos há alterações profundas na própria configuração estatal. Nesse sentido, Fajardo assevera que este giro paradigmático rompe com o constitucionalismo liberal monista do século XIX (marcado pela ideologia do Estado-nação monocultural, que surge com o Estado moderno europeu, segundo a qual a cada Estado corresponde uma nação, bem como um sistema jurídico) e com o constitucionalismo social integracionista do século XX (que a despeito de reconhecer direitos a coletividades, incluindo o direito coletivo à terra aos indígenas, não rompeu com o

monismo jurídico, tampouco com uma concepção de indigenismo integracionista) chegando-se em alguns casos a aspirações descolonizadoras. (FAJARDO, 2011, p. 139)

A autora afirma que a independência política dos países latino-americanos em relação a suas respectivas metrópoles não implicou o fim da sujeição colonial, conquanto os novos Estados adotaram constituições liberais com perspectivas “*neocoloniales*” em relação aos povos originários. (FAJARDO, 2011, p. 139).

Assim, viu-se, sob a égide pós-colonial e posteriormente republicana, a continuidade de políticas assimilacionistas e em seguida integracionistas em relação aos povos indígenas, com a sistemática desapropriação de seus territórios e recursos naturais, exploração de sua mão de obra, debilitação de suas culturas, discriminação e negação veemente de quaisquer direitos identitários. Com efeito, a ideologia da inferioridade natural do índio e a tutela indígena²² sedimentada nas políticas estatais perpetuaram este modelo de subordinação. (FAJARDO, 2011, p. 139; FAJARDO, 2009, p. 12)

Não é senão após a primeira onda de mudanças constitucionais na região, que a abertura ao multiculturalismo, em certa medida sob os auspícios de instrumentos normativos internacionais, especialmente a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), aprovada em 1989, permitem políticas de reconhecimento, impulsionadas pelas demandas de coletividades que lutam para que suas identidades étnicas sejam respeitadas.

Os anos 80, precisamente entre 1982-1988, é o espaço de desenvolvimento do primeiro ciclo de reformas constitucionais – o ciclo do constitucionalismo multicultural –, segundo a proposta de Fajardo. Este ciclo se caracteriza pela positivação constitucional do reconhecimento da multiculturalidade da sociedade, do direito individual e coletivo à identidade cultural e alguns outros direitos indígenas. É também nesse contexto que surge o conceito de diversidade cultural, todavia, não há nas constituições do primeiro ciclo o reconhecimento expresso do pluralismo jurídico. (FAJARDO, 2011, p. 141-142)

A autora menciona como constituições representativas desse primeiro momento a da Guatemala (1985), que reconhece a conformação multicultural, multilinguística e multiétnica do povo, o direito individual e coletivo à identidade cultural, além de alguns direitos indígenas e referentes a grupos étnicos; a Constituição de Nicarágua (1987), que reconhece direitos culturais, linguísticos e territoriais a comunidades étnicas, reconhecendo a configuração multiétnica da sociedade. Também a Constituição brasileira de 1988 se situa

²² Relembre-se que até o Código Civil Brasileiro de 1916 (art. 6º, III e parágrafo único) os indígenas, ali denominados ‘silvícolas’, eram considerados relativamente incapazes, devendo ser tutelados pelo órgão indigenista estatal até que se adaptassem à civilização.

nesse ciclo, embora a autora reconheça seus avanços no tocante à implantação de alguns direitos provenientes dos debates para a revisão da Convenção 107 da OIT²³, já que foi promulgada um ano antes da aprovação da Convenção 169 da OIT²⁴, motivo pelo qual considera que a Constituição de 1988 se situa no limiar do segundo ciclo de reformas constitucionais. (FAJARDO, 2011, p. 141)

O segundo ciclo de reformas, o ciclo do constitucionalismo pluricultural, tem lugar entre 1989-2005. Ademais dos direitos à identidade cultural e étnica já conquistados no primeiro ciclo, o pluralismo e a diversidade cultural são alçados a princípios constitucionais. Vislumbra-se o avanço no sentido da ressignificação da natureza do Estado ao introduzir-se a noção de nação multiétnica ou multicultural e Estado pluricultural (e não mais Estado-nação monocultural, tão caro ao constitucionalismo do século XIX). (FAJARDO, 2011, p. 142 e p.146)

Sob a influência da Convenção 169 da OIT, então recentemente aprovada, há nessas constituições a inclusão de vários direitos relativos aos povos indígenas e outros grupos étnicos, incluindo-se a educação bilíngue intercultural, o direito ao território, a consulta prévia, dentre outros. (FAJARDO, 2011, p. 142)

Entretanto, o mais significativo avanço do segundo ciclo é o rompimento com o monismo jurídico, ao reconhecer-se o direito costumeiro indígena, suas normas, procedimentos, autoridades e funções de justiça ou jurisdicionais. Destarte, o Estado deixa de ser a única fonte de produção legal do direito e do uso legítimo da violência, superando-se a ideia clássica de soberania e monopólio. Conserva-se, todavia, a limitação constitucional, em uma espécie de pluralismo jurídico interno. Assim, a administração da justiça, a produção normativa e a manutenção da ordem pública interna, conquanto possam ser exercidos tanto pelos órgãos soberanos estatais quanto pelas autoridades indígenas, devem sê-lo nos limites do controle constitucional, o que, segundo a autora, “*no siempre se implementan de modo orgânico y sistemático.*” (FAJARDO, 2011, p. 142-143; FAJARDO, 2009, p. 30)

Para tanto contribuem a ausência de lei ou jurisprudência acerca do exercício da vasta lista de direitos consagrados aos povos indígenas, e especial em relação à jurisdição indígena, aliada à carência de meios institucionais aptos a pô-los em prática e a necessidade de revisão

²³ Aprovada em 1957, a Convenção 107 da OIT, de cunho integracionista, antecedeu a Convenção 169 da OIT, aprovada em 1989.

²⁴ Segundo os comentários de Sieder (2011, p. 306-307): “*El Convenio 169 establece la obligación de los Estados de promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Entre sus cláusulas más importantes están las que establecen que los pueblos indígenas tienen un derecho de decisión respecto de los procesos de desarrollo que los afecten y garantías sobre su derecho a ser previamente consultados sobre tales procesos.*”

de todo o ordenamento jurídico após o advento das reformas. (FAJARDO, 2011, p. 143)

Todos os países andinos, à exceção do Chile, adotaram alguma espécie de pluralismo jurídico interno em suas cartas: Colômbia (1991), Bolívia (1994), Peru (1993), Equador (1998), Venezuela (1999). Também as constituições do México (1992), da Argentina (1994) e do Paraguai (1992) são representantes do ciclo do constitucionalismo pluricultural. (FAJARDO, 2011, p. 143 e p. 145)

Segundo a autora, como produto de reivindicações dos movimentos indígenas em países latino-americanos por reconhecimento de seus sistemas normativos, bem como da confluência dos novos direitos garantidos internacionalmente a estes povos, mormente através da Convenção 169 da OIT²⁵, do favorecimento ao reconhecimento de direitos indígenas ensejado pelas ideias do multiculturalismo e da tendência global de reformas judiciárias para incorporação de mecanismos alternativos para resolução de conflitos, exsurge o pluralismo jurídico. Inicialmente, nas constituições do segundo ciclo, entretanto, adotou-se uma sorte de pluralismo jurídico interno, isto é, submetido à soberania nacional e aos direitos humanos.

Tal pluralismo, não obstante rompa com o modelo de Estado-nação monocultural e com a identidade Estado-direito impostos no século XIX, trata-se, conforme aventado, de um pluralismo jurídico submetido à Constituição. Somente a Constituição do Peru (1993) se harmoniza com a Convenção 169 da OIT ao determinar que a jurisdição especial não deva afrontar os direitos da pessoa, enquanto as demais colocam a jurisdição indígena em posição de subordinação em relação à Constituição e às leis, e no caso venezuelano inclui-se até a ordem pública. (FAJARDO, 2011, p. 146-147)

Nesse contexto, reconhece-se o direito a que os povos indígenas/campesinos tenham autoridades e instituições próprias, segundo suas próprias normas e procedimentos ou seu direito consuetudinário e costumes, exercendo função jurisdicional (jurisdição especial) e de administração de justiça. Entrementes, nem todas as cartas do segundo ciclo lograram implementar o pluralismo jurídico de maneira “suficientemente orgânica nem consistente” (FAJARDO, 2011, p. 146, tradução nossa), de maneira que às vezes há apenas referência ao pluralismo em seções pontuais da constituição, mormente aquela que versa sobre o Poder Judiciário (a exemplo da constituição da Colômbia de 1991 e do Peru de 1993) ou há a presença inorgânica da temática em outras seções (como é o caso da Bolívia, em sua

²⁵ A Convenção 169 da OIT, em seu artigo 8.2, reconhece o direito à conservação dos costumes e instituições indígenas, desde que limitados ao respeito pelos direitos humanos internacionais e pelos direitos fundamentais reconhecidos pelo direito nacional: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.”

Constituição de 1994, onde há alusão em capítulo relacionado a assuntos agrários). (FAJARDO, 2011, p. 146)

Ademais, as cartas do ciclo pluricultural não são homogêneas quanto à extensão da competência material, pessoal e territorial da jurisdição especial²⁶, assim, as constituições da Colômbia e a do Peru determinam a competência territorial, enquanto a da Venezuela impõe limitação pessoal, estatuinto que aquelas instâncias de justiça somente se aplicam aos povos indígenas. Já as cartas da Bolívia (1994) e do Equador (1998) fazem limitação material, ao cingir-se a assuntos internos, restrição que as demais constituições do mesmo ciclo não fazem, tampouco a Convenção 169 da OIT. Contudo, tais competências soem ser limitadas pela via judicial ou legislativa.²⁷ (FAJARDO, 2011, p. 147)

É de notar-se, portanto, que as limitações impostas à jurisdição especial e assim ao pluralismo jurídico do segundo ciclo, são objeto de constante disputa judicial e política e soam a princípio incoerentes com a própria ideia de pluralismo jurídico e com o direito à diversidade cultural e a igualdade de culturas conclamadas pelas mesmas constituições, traduzindo-se em pluralismo jurídico subordinado colonial. (FAJARDO, 2011, p. 147-148)

Com efeito, o desafio de se resolver de modo plural e intercultural os conflitos de interlegalidade entre as jurisdições, bem como aqueles casos em que ocorre violação a direitos humanos por parte da jurisdição indígena, é a tarefa que o segundo ciclo deixou ao ciclo seguinte, porquanto houve naquele um intenso desacordo entre os princípios consagrados e as instituições monoculturais tradicionais, revelando a ausência de procedimentos institucionais capazes de sanar o aludido desafio. (FAJARDO, 2011, p. 148-149)

Fajardo atenta ainda para o que chama “*neutralización de los nuevos derechos conquistados*” (2011, p. 143) ocorrido no segundo ciclo, referindo-se ao resultado da adoção simultânea de normas que facilitaram a implementação de políticas neoliberais²⁸ (houve a diminuição do papel do Estado na economia, a abertura da economia ao mercado e a redução de direitos sociais), e de normas multiculturais e fortalecedores dos direitos relativos aos

²⁶ A Colômbia, país de maioria não-indígena cunhou a expressão “jurisdição especial” em contraposição à jurisdição ordinária, referente à população em geral. Entretanto, tal tradição subsistiu, de maneira que mesmo países com maioria indígena, como é o caso do Peru e da Bolívia acabaram por adotá-la. (FAJARDO, 2011, p. 147)

²⁷ Em sentido contrário cite-se a emblemática decisão da Corte Constitucional da Colombiana, que em razão de considerar que um pluralismo limitado à Constituição e às leis poderia restar inócuo, estabeleceu quatro mínimos a serem respeitados, de forma que as decisões da jurisdição especial deveriam obedecer a: não incluir pena de morte, tortura ou escravidão e deviam ser de alguma forma previsíveis. (FAJARDO, 2011, p. 148)

²⁸ Sobretudo no Peru e na Bolívia, o que facilitou a instalação de empresas multinacionais. A constituição do Peru de 1993, não obstante ter reconhecido o pluralismo jurídico e o caráter pluricultural do Estado, trouxe normas que fulminaram a imprescritibilidade, inalienabilidade, e impenhorabilidades das terras indígenas, o que já era garantido em constituições precedentes, ensejando assim o avanço das multinacionais em território indígena. (FAJARDO, 2011, p. 143)

povos indígenas.

Finalmente, o terceiro ciclo de reformas constitucionais é aquele denominado ciclo do constitucionalismo plurinacional²⁹, que se resume a dois processos constituintes, quais sejam, o da Bolívia (2006-2009) e do Equador (2008). Tais cartas propõem um projeto descolonizador do Estado, por meio de sua própria refundação, passando assim a ser denominado Estado plurinacional (no caso da Bolívia), com o reconhecimento expresso dos conhecimentos milenares dos povos indígenas, outrora ignorados quando da fundação do Estado republicano. Ademais, afirmam um pluralismo jurídico igualitário, fundado na igual dignidade dos povos e culturas, apostando no diálogo intercultural.

Assim, aduz a autora, os povos indígenas deixam de ser reconhecidos como “culturas diversas”, passando a ser tidos como “nações originárias” ou “nacionalidades”, dotadas do direito de autodeterminação ou livre determinação. É dizer, passam a gozar de maior protagonismo, atuando como sujeitos políticos coletivos, capazes de definir seu próprio destino e de governar-se consoante suas próprias autonomias, participando ativamente das decisões políticas do Estado. Nesse sentido, explicita Fajardo (2011, p. 149):

Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que “reconoce” derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia.

Como produto das novas reivindicações indígenas e da população em geral, impulsionadas pela crise do modelo de ajuste estrutural e das políticas neoliberais, emergem novos direitos sociais imbuídos das cosmovisões indígenas, a exemplo do direito à água, à segurança alimentar, ao “*buen vivir*”³⁰, bem como da elevação da *Pachamama*³¹ a sujeito de

²⁹ Nesse sentido, Bartolomé Clavero (2011, p. 3) sustenta existir uma diferença primordial entre um Estado que se qualifique como culturalmente diverso (e assim, multicultural ou pluricultural) e um Estado que afirme como nacionalmente plural em sua composição (plurinacional), pois apenas neste se reconhece a necessidade de uma reconstituição desde sua base, fundada em novos princípios, a exemplo dos casos do Equador e da Bolívia, pelo menos em sua dimensão político-normativa.

³⁰ *Buen vivir* é conceito de conteúdo ético-moral de harmonia simbiótica entre o ser humano e a natureza, proveniente das cosmovisões indígenas, que perpassa as Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008), figurando como objetivo positivado a ser cumprido, pois se relaciona com todos os aspectos da vida e inspira um novo modelo de desenvolvimento econômico, e assim de novos modelos de produção e consumo, que tem como centro a coletividade e a relação não instrumental entre a natureza e o humano.

³¹ A carta da Bolívia grafa como *Pachamama*, ao passo que na do Equador diz-se *Pacha Mama*. Zaffaroni (2011, p. 57) assim a define: “*La Pachamama es una deidad protectora –no propriamente creadora, interesante diferencia- cuyo nombre proviene de las lenguas originarias y significa Tierra, en el sentido de mundo. Es la que todo lo da, pero como permanecemos en su interior como parte de ella, también exige reciprocidad, lo que se pone de manifiesto en todas las expresiones rituales de su culto. Con ella se dialoga permanentemente, no*

direitos na carta equatoriana, dentre outros. (FAJARDO, 2011, p. 149; FAJARDO, 2009, p. 27)

No terceiro ciclo, o fundamento do pluralismo legal se desloca de tão-somente a diversidade cultural para envolver também o princípio da interculturalidade e o direito dos povos indígenas e originários à autodeterminação (conforme consta na carta do Equador) ou livre determinação (conforme consta na constituição boliviana) dos povos. (FAJARDO, 2011, p. 150) Ressalte-se que estas cartas do século XXI foram aprovadas sob os auspícios da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas³², de 2007, que assinala em seu artigo 3 o direito à autodeterminação.³³

Nesse contexto, a constituição da Bolívia, em busca de traduzir a interculturalidade em implicações institucionais, estabelece o dever de paridade de representação entre membros da jurisdição indígena e da jurisdição ordinária na composição de seus tribunais, incluindo o Tribunal Plurinacional Constitucional.³⁴ Entrementes, atenta Fajardo (2011, p. 150), tais avanços no sentido da plurinacionalidade não se deram sem as resistências teóricas e práticas do passado, é o que se vislumbra nas limitações impostas ao primeiro texto elaborado pela Assembleia Constituinte da Bolívia, obstaculizando o pleno reconhecimento da autonomia e jurisdição indígena. Assim, conclui a autora, coexistem no texto boliviano princípios pluralistas e normas limitadoras – a exemplo da restrição da jurisdição indígena a assuntos internos (indígenas), aplicável a indígenas, na circunscrição de seu seus territórios –, demandando esforços interpretativos a fim de salvaguardar os ideais pluralistas e descolonizadores dessa carta.

O reconhecimento expresso das funções jurisdicionais indígenas, de igual hierarquia à jurisdição ordinária, figura claramente nas cartas boliviana e equatoriana, diferentemente das constituições anteriores, que se limitavam a tratar do tema de maneira genérica e pontual. As constituições do terceiro ciclo consagram vários artigos aos direitos e à justiça indígenas de

tiene ubicación espacial, está en todos lados, no hay un templo en el que vive, no tiene una morada porque es la vida misma. Si no se la atende cuando tiene hambre o sed, produce enfermedades. Sus rituales, justamente consisten en proporcionarle bebida y comida (challaco)."

³² Trata-se do instrumento normativo mais completo e integrado a versar sobre direitos individuais e coletivos indígenas e as obrigações estatais quanto a estes. (SIEDER, 2011, p. 309). A Declaração relembra o fato de as populações indígenas terem sofrido a injustiça histórica decorrentes dos séculos de colonização e usurpação sistemática de suas terras e recursos, impedindo assim seu desenvolvimento; afirma a igualdade dos povos indígenas perante a sociedade, reafirmando seu direito à diferença; e dentre outras coisas, reconhece também a mobilização indígena crescente contra a opressão.

³³ "Artigo 3 Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural."

³⁴ Assim dispõe o artigo 197 da *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia*: "Artículo 197. I. El tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino."

maneira transversal, perpassando todo o texto constitucional. Desta forma, sobretudo na carta boliviana, há a harmonização do exercício de poderes – outrora exclusivos do Estado –, evitando possíveis colisões entre a atuação indígena e os poderes constituídos. (FAJARDO, 2011, p. 151-152)

O terceiro ciclo, ou ciclo constitucionalismo plurinacional, é então marcado pela pluralização dos direitos, da composição dos órgãos públicos, das formas de exercício do poder e da democracia. A Bolívia, à guisa de exemplo, reconhece, ademais da clássica democracia representativa, outras formas de participação³⁵, quais sejam, a democracia direta e participativa, através da revocatória de mandato, de consultas, referendos etc., e a democracia comunitária, através da qual se legitima a eleição e o exercício do poder por meio de autoridades indígenas de acordo com seu próprio sistema normativo. (FAJARDO, 2011, p. 150)

Sem dúvidas, o giro paradigmático alcançado pelo ciclo do constitucionalismo plurinacional é o objeto principal das construções teóricas acerca do novo movimento constitucional na América Latina, ainda que estas divirjam entre si, inclusive no tocante à abrangência de suas definições. Todavia, é possível afirmar que as constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008) estão sempre no foco em torno do qual se constrói o novo constitucionalismo latino-americano³⁶.

4 Semelhanças e distinções entre o Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano

O constitucionalismo moderno irrompe no cenário das revoluções burguesas, – notadamente a Revolução Inglesa, de 1688, a Revolução Americana, de 1776, e a Revolução Francesa, de 1789 –, no final do século XVIII, trata-se aí do constitucionalismo liberal revolucionário; os outros três paradigmas relativos aos momentos constituintes a partir dos quais se deu a evolução do Direito Constitucional são, a saber: a evolução conservadora do

³⁵ Assim dispõe a Constituição boliviana de 2009: “*Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley. 2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley. 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.*”

³⁶ A título de exemplo, tem-se a concepção de novo constitucionalismo pluralista latino-americano, trazida por Pedro Brandão (2013), somente reconhece estas duas cartas como representantes do novo movimento na região.

projeto revolucionário anterior, em direção ao positivo e ao Estado de Direito, fruto de alianças entre a burguesia e monarquias durante o século XIX; o constitucionalismo democrático, no início do século XX, fruto da oposição ao Estado Liberal, diante das crises econômicas, sociais e políticas, – o que reavivou o problema da legitimidade do poder; e por fim, o constitucionalismo social, que traz os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito. Posteriormente, desde algumas décadas, a teoria avançou em relação à diferenciação entre os conceitos material e formal de Estado Constitucional, de forma que não é um Estado (neo)constitucional aquele dotado meramente de uma constituição em sentido formal, necessitando também a presença de uma constituição típica da evolução (em busca de formas mais avançadas capazes de suprir seus defeitos) do Estado Social e Democrático de Direito. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 309)

A despeito das propostas de maior garantia de direitos sociais, o Estado social não logrou efetivá-los plenamente, tampouco realizou a democratização social, política e econômica prometida. Ademais, a mera existência de textos constitucionais estatuindo limites à atuação estatal e prevendo direitos individuais e sociais não obstaculizou que eventos atroz e aviltantes da dignidade humana tomassem lugar na Europa do início a meados do século XX, como o foi o Holocausto.

A partir de então, na lição de Barroso (2005, p.1), dá-se a “reconstitucionalização da Europa”, que ressignificou o papel da Constituição e sua influência sobre as instituições contemporâneas e aproximou os conceitos de constitucionalismo e de democracia, criando uma nova forma de organização política, denominada Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, ou ainda Estado Constitucional Democrático. O constitucionalismo do pós-guerra é então o marco histórico do novo direito constitucional, no âmbito da Europa continental.

Miguel Carbonell (2003, p. 9) refere-se a tal fenômeno por “Neoconstitucionalismo(s)”, em alusão aos seus múltiplos vieses que confluem na busca por explicar os textos constitucionais surgidos pós- Segunda Guerra Mundial, que configuram cartas que vão além de limitar os poderes e estabelecer competências, para integrar normas materiais determinadoras de objetivos, condicionando assim a atuação estatal. O mesmo autor assevera que o constitucionalismo desde então não ficou estático, ao contrário, continuou evoluindo em vários sentidos.

Ao afirmar a natureza de ruptura paradigmática do Neoconstitucionalismo³⁷, Lênio Streck (2009, p.1), a partir de um viés normativo e diretivo, em relação ao Estado e ao direito “liberal-individualista e formal-burguês”, assevera:

Isto é o neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro.

De igual forma, sustenta-se aqui que o “motivo de luta” do novo constitucionalismo latino-americano em relação ao Neoconstitucionalismo é outro. Para tanto, o foco se dará ao redor das definições de Luís Roberto Barroso (2005) e Ramiro Ávila Santamaria (2011), – malgrado o fato de construções teóricas acerca do Neoconstitucionalismo avultarem na academia –, pois o intuito é simplesmente delinear as principais diferenças e aproximações entre o Neoconstitucionalismo de origem europeia e o novo constitucionalismo que surge na América Latina, sem pretensão de aprofundarmos naquele.

Ademais dos movimentos constitucionais do pós-Segunda Guerra, afirma Barroso (2005, p.1) que também integram o marco histórico do Neoconstitucionalismo a Constituição alemã de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e o surgimento do Tribunal Constitucional Federal, em 1951, bem como a Constituição da Itália, de 1947, e a criação da Corte Constitucional em 1956. Igualmente, a redemocratização de Portugal em 1976 e da Espanha em 1978 são marcos importantes para a maior relevância de que se revestiu o estudo do Direito Constitucional nos países de tradição romano-germânica, ensejando a profusão de produção teórica e jurisprudencial.

O mesmo autor assinala como marco filosófico do novo direito constitucional o pós-positivismo, significando a “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo”, esclarecendo que “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.” (BARROSO, 2005, p.1)

Destarte, abre-se espaço para a presença de normas de alta carga axiológica nas constituições, com princípios dotados de normatividade; bem como se institui uma teoria dos direitos fundamentais sedimentada no princípio-fonte da dignidade humana. Assim, a aplicação e interpretação do direito positivado tem de ser guiados por uma teoria da justiça, o que requer a

³⁷ Denominação que o autor então rezeva com “novo constitucionalismo”. Posteriormente, em artigo intitulado “Contra o Neoconstitucionalismo”, Streck explica sua preferência por afastar-se do termo. O referido artigo pode ser consultado em: < <http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf> > Acesso em: 13 ago. 2015.

criação uma nova hermenêutica constitucional. (BARROSO, 2005, p.1)

No mesmo sentido, faz-se oportuna a menção à asserção de Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2011, p. 312, grifo nosso):

Como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo –en particular a partir de los principios– aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está **caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley.** Se trata, en definitiva, de recuperar el concepto de Constitución y fortalecer su presencia determinadora en el ordenamiento jurídico.

No que atine ao marco teórico do Neoconstitucionalismo, Barroso (2005, p. 1) aponta para três grandes mudanças quanto à aplicação do direito constitucional, quais sejam: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição, deixando de ser mero documento político para adquirir natureza de norma jurídica, de cumprimento cogente; b) a expansão da jurisdição constitucional, a que vem atrelada a supremacia e a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico e a criação de tribunais constitucionais para a tutela dos direitos fundamentais constitucionalizados através do controle de constitucionalidade; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, onde se inserem mudanças em relação à norma e ao intérprete no tocante à hermenêutica jurídica tradicional, assim, entram em cena os conceitos de cláusulas gerais (normas plurissêmicas), princípios, ponderação para solução de colisões de normas constitucionais e argumentação.

Por fim, Barroso (2005, p.3) abaliza como produto desse processo a constitucionalização do ordenamento jurídico, implicando a permeação dos valores constitucionais por todo o direito, o que se dá especialmente por via da jurisdição constitucional; daí segue a aplicabilidade direta da Constituição, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com os valores ínsitos nos princípios e regras constitucionais e a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição.

É em relação à importância que assume a jurisdição constitucional no Neoconstitucionalismo, que Brandão (2013, p. 45) em comento à principal distinção entre o este processo de raiz europeia e o novo constitucionalismo na América Latina, aponta:

O que se observa, na verdade, com a análise do alargamento da Jurisdição Constitucional sob a égide do Neoconstitucionalismo de matriz europeia, é que a Jurisdição Constitucional foi erguida como centro da efetivação da Constituição, enquanto no Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano priorizou-se a

participação popular na interpretação e alteração constitucional.

O importante, portanto, é que o Novo Constitucionalismo alterou o pólo de realização Constitucional. Enquanto o Neoconstitucionalismo identificava, quase exclusivamente, o Poder judiciário e os Tribunais/Cortes Constitucionais como órgãos que efetivam direitos fundamentais, o Novo Constitucionalismo alterou essa lógica e ampliou os atores da realização dos postulados Constitucionais, incluindo, além dos outros poderes (executivo e legislativo), os referendos populares para reforma constitucional.

Assim, o Novo Constitucionalismo na América Latina, ao mesmo tempo em que compartilha alguns traços do Neoconstitucionalismo (e assim não o nega), sobretudo a constitucionalização do ordenamento jurídico, tem, todavia, prioridades distintas, quais sejam: a legitimidade democrática da Constituição – assegurada por meio de suas cartas rígidas, de forma que somente a soberania popular poderá alterar a Constituição –, a participação política da sociedade e os direitos fundamentais, inclusive os sociais e econômicos. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 18-19;).

Ademais, conforme já aduzido acima, de igual forma ao Neoconstitucionalismo, o movimento latino-americano compartilha de texto eminentemente principiológico, além de buscar a concretização material (e não mais meramente formal, como no constitucionalismo liberal) dos direitos fundamentais e da democracia.

Em outro passo, Brandão (2013, p. 46-47) anota as diferenças entre a ideia de dignidade humana consagrada nos dois momentos constitucionais, além de atentar para a retirada de foco do antropocentrismo. Isto porque há no Neoconstitucionalismo o fortalecimento do homem enquanto centro do ordenamento jurídico com a positivação da dignidade da pessoa humana³⁸ na majoritária parcela das constituições ocidentais, enquanto o novo constitucionalismo, abraçando este avanço que atua contra o patrimonialismo de outrora, vai além ao condicionar a dignidade humana ao conceito da *Pachamama*, da qual o homem é integrante. Conclui o autor que se dá o afastamento de um modelo antropocêntrico para outro biocêntrico, que visa à interdependência entre homem e natureza, configurando uma ressignificação do conceito de dignidade humana norteadas pelas culturas indígenas.

Finalmente, Santamaria (2011, p. 53-80), logrou a distinção entre Neoconstitucionalismo Europeu Ocidental, Neoconstitucionalismo Latino-Americano e Neoconstitucionalismo Andino ou Transformador.

O primeiro, em linhas gerais, trata-se daquele que emerge na Europa em reação aos

³⁸ Também as cartas da Bolívia e do Equador o fazem em seus artigos 8 e 11.7, respectivamente.

sistemas fascistas, que através de um estado legal de direito autoritário, violaram sistematicamente os direitos humanos, sobretudo na Alemanha, Espanha e Itália. Assim, na concepção de Santamaria (2011, p. 53-54), o Neoconstitucionalismo objetiva oferecer respostas a problemas concretos de então, da seguinte forma: a) dá-se os direitos fundamentais em resposta à violação de direitos; b) a rigidez constitucional em resposta à arbitrariedade dos legisladores; c) em sentido parecido oferece-se a eficácia da Constituição como norma jurídica diretamente aplicável, em resposta à necessidade de lei para regulamentá-la; d) e o Poder Judiciário como guardião da Constituição em reação à ausência de autoridade que cominasse punição à afronta abstrata ou concreta à carta maior, agora eivada de normas imperativas.

Quanto às mudanças operadas na teoria do direito por ensejo do Neoconstitucionalismo de viés europeu, o autor elenca as seguintes: a) relativização da “*certeza y seguridad*” das normas jurídicas, com a introdução dos princípios nas constituições; b) cai por terra o mito da completude do ordenamento jurídico, que passa a ser tido como incoerente e incompleto; c) a descentralização da norma positiva como objeto da ciência jurídica, que passa a abarcar outros sistemas jurídicos; d) soma-se aos métodos hermenêuticos tradicionais a ponderação e o método teleológico; e) a aproximação entre moral e direito, inexistente no positivismo. (2011, p. 55-57)

Quanto ao Neoconstitucionalismo Latino-Americano, Santamaria (2011, p. 17 e p. 59) aduz ter surgido enquanto reação ao militarismo estatal que perdurou durante as décadas de 60 a 80 em nosso continente, – evento que o autor em comento reputa comparável à Segunda Guerra Mundial no continente europeu, no tocante ao caráter autoritário do Estado e a sistemática violação aos direitos humanos –; citando como impulso inicial dessa fase a Constituição brasileira (1988), seguida pela colombiana (1991).

As cartas latino-americanas deste período recepcionaram em parte o Neoconstitucionalismo europeu ocidental, com algumas particularidades: a) a expansão de direitos, através do reconhecimento dos direitos econômicos, sociais, culturais e de alguns direitos indígenas, bem assim da incorporação com força vinculante do direito internacional dos direitos humanos, o que se dá como produto das lutas sociais e em reconhecimento às carências de direitos e profundos problemas sociais em nossas sociedades desiguais; b) no tocante ao controle de constitucionalidade, adota-se tanto o modelo concentrado europeu quanto o modelo difuso norte-americano; c) o redimensionamento do Estado para cumprimento os direitos fundamentais, afastando-se do Estado liberal mínimo e neutro; d) um

constitucionalismo econômico que objetiva a equidade e a igualdade através de um modelo de desenvolvimento que estabeleça objetivos claros e comprometidos para o Estado; e) a presença do hiper-presidencialismo, constante na história constitucional da América Latina, calcada na necessidade de lideranças fortes para realizar profundas mudanças sociais e amenizar a instabilidade política (SANTAMARIA, 2011, p. 60-72).

O Neoconstitucionalismo Andino ou Transformador, para Santamaria (2011, p. 75 e p. 80), é aquele capaz de realizar o *buen vivir*, rompendo com o paradigma do Estado neoliberal e tradicional. Nessa esteira, o autor, sem negar a importância dos movimentos precedentes enquanto luta por emancipação, aduz que o constitucionalismo ocidental e sua recepção na América Latina, são reações – criadas a partir de uma lógica de Estado e direito europeias –, a necessidades provindas daquele contexto.

Assim, o constitucionalismo ocidental e sua adaptação latino-americana acabaram por refletir necessidades específicas do continente europeu, de maneira que a adaptação deste modelo à realidade do Sul, com problemas muito mais profundos, não são capazes de atacar as necessidades da nossa região, que fogem à compreensão da lógica de direito e Estado dos pensadores do Norte. Impende salientar que a Europa jamais foi submetida a um período de colonialismo, tampouco existe naquele continente um estado de segregação comparável à exclusão dos povos originários na América Latina. De forma que para a construção uma teoria de Estado e de direito que pretenda redesenhar os mapas políticos e jurídicos faz-se premente a intenção descolonizadora. (SANTAMARIA, 2011, p. 75-77).

Ademais, os modelos de Estado Liberal e de Estado Social, conquista de processos históricos e lutas europeias, nunca de fato foram efetivados em nosso continente de maneira completa e adequada, posto que traziam respostas às reivindicações de outras circunstâncias. Destarte, conclui Santamaria (2011), o Estado Neoconstitucional não pode nem deve resolver os problemas andinos, pois não se cuida meramente de aperfeiçoar o Estado moderno, senão de repensar a estrutura do estado, criando outras formas de organização política, de expressão normativa e institucional, no sentido da descolonização, e assim da superação do eurocentrismo. (SANTAMARIA, 2011, p. 77-79).

No mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 29) afirma que o modelo constitucional ocidental não tem categorias jurídicas capazes de formular um Estado plurinacional e intercultural, como também não tem condições de politicamente solucionar os problemas dos grupos historicamente excluídos no nosso continente. Assim, Santos (2007, p. 18) sustenta que a plurinacionalidade obriga necessariamente a refundação do Estado

moderno.

Como evidência de que se trata de um movimento constitucional de delineamentos próprios, no caminho da construção de um novo Estado, Santos (2009, p. 48-51) menciona: a existência de novos atores e práticas transformadoras inexistentes nos países hegemônicos, a exemplo das Assembleias Constituintes; o uso de novas linguagens, narrativas, problemas e propostas nos movimentos sociais do Sul; a presença de novas formas de organização e participação popular, a exemplo da democracia comunitária; há a valorização do sentido cultural da terra sobre o sentido patrimonial, ensejado pelas resistências locais, trazendo o conceito antropológico de território; o desenvolvimento de uma nova relação integrada entre a natureza (*Pachamama*) e o homem, que é o fundamento de um novo modelo de desenvolvimento de tendência desmercantilizadora; as reivindicações são por reconhecimento, distribuição e representação ao mesmo tempo; e por fim, há a valorização de outras formas de conhecimento que não o científico, abrindo espaço para novos saberes e para a espiritualidade, sobretudo aqueles provenientes das cosmovisões indígenas, consagradas nos textos da Bolívia (2009) e do Equador (2008).

Assim, ainda que existam aproximações, vê-se que estamos diante de um novo momento constitucional – de base epistemológica claramente distinta –, representativo das peculiaridades e das cicatrizes que marcaram a história da América Latina e de seus povos. Retomando o já aduzido anteriormente, e com base no ora argumentado, reafirma-se que o “motivo de luta”, é, portanto, outro.

É nesse contexto que o fenômeno contemporâneo latino-americano recorre às construções teóricas que denunciam formas epistemológicas de dominação, o que explica que teorias descoloniais e pós-coloniais latino-americanas, bem como a proposta de Epistemologias do Sul de Boaventura de Sousa Santos, figurem na base epistemológica do novo constitucionalismo latino-americano, diante da clara dificuldade de imaginar-se sociologicamente as diversas realidades culturais e os diversos problemas políticos do Sul³⁹ – com suas novas visões sobre o futuro, novos atores políticos, bem como novas potencialidades quanto à criação de um novo Estado, sociedade e direito –, a partir de construções teóricas eurocentradas.

³⁹ Conforme esclarece Brandão (2013, p. 94), sobre o Sul em comento: “Não se resume ao sul geográfico, pois visa integrar o conjunto de países que foi vítima do colonialismo europeu e, ao mesmo tempo, classes e grupos sociais no interior do norte geográfico, de modo que o sul metafórico seria ‘o lado dos oprimidos pelas diferentes formas de dominação colonial e capitalista’ (Sousa Santos e Meneses, 2010, p. 13)”.

Referências

ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. **Constitución y democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, Puebla, Nº 25, p. 49-76, 2010.

BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Carlos (Orgs.). **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**: participação popular e cosmovisões indígenas (pachamama e sumak kawsay). 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CLAVERO, Bartolomé. **Estado plurinacional o bolivariano**: nuevo o viejo paradigma constitucional americano. 2011. Disponível em: <<http://clavero.derechosindigenas.org/wpcontent/uploads/2011/05/Estado-Plurinacional.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. VERDUM, Ricardo. (Org.) **Povos Indígenas**: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 9-62

_____. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho em América Latina**. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-184

GARGARELLA, Roberto. **El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de maquinas” de la Constitución (1980-2010)**. In: Gaceta Constitucional, nº 48, 2011. p. 289-305.

_____. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano**: Promesas e interrogantes. 2009. Coloquio Derecho, Moral y Política, Universidade de Palermo: Disponível em: <http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2014.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008.** Quito, 2011. Disponible em: <<http://www.rosalux.org.ec/es/mediateca/documentos/239-neoconstitucionalismo>>. Acceso em: 20 jun. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinención del Estado y el Estado plurinacional.** In: OSAL, Año VIII, N° 22, Buenos Aires: CLACSO, 2007. Disponible em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>>. Acceso em: 24 jun. 2014.

_____. El Estado plurinacional, puerta para una sociedad democrática. ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Orgs.). **Plurinacionalidad, democracia en la diversidad.** Quito: Abya-Yala, 2009. p. 48-51

_____. **Refundación del Estado en América Latina.** Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina. GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho en América Latina.** Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1° ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 303-323

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes em América Latina: tendências y desafíos. GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho en América Latina.** Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI. 1° ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 109-137

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevoconstitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El Nuevo constitucionalismo en America Latina.** 1ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010a.

_____.; _____. **Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano.** Gaceta Constitucional, Lima, n° 48, p. 307-328, dez. 2011.

_____.; _____. **Cambio político y proceso constituyente em Venezuela (1998-2000).** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

_____.; _____. **Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional.** Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, Puebla, N° 25, p. 7-29, 2010b.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **La Pachamama y el humano.** 1ª ed. Buenos Aires: Colihue. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2011.