



BRUNA FRANCESCHINI

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO E AS INOVAÇÕES EM PROL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Políticas/Menção em Direito Constitucional,
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientador: Prof. Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado

Coimbra, 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO E AS INOVAÇÕES
EM PROL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR**

**THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND THE
INNOVATIONS IN FAVOR OF POPULAR PARTICIPATION**

BRUNA FRANCESCHINI

Coimbra, 2016

BRUNA FRANCESCHINI

**O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO E AS INOVAÇÕES
EM PROL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR**

**THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND THE
INNOVATIONS IN FAVOR OF POPULAR PARTICIPATION**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico- Políticas/Menção em Direito Constitucional, sob Orientação da Exma. Sr. Prof. Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado.

Coimbra, 2016

Bruna Franceschini

O novo constitucionalismo latino americano e as inovações em prol da participação popular. / The new Latin American constitutionalism and the innovations in favor of popular participation / Bruna Franceschini – *Coimbra*, 2016, 114 fl.^s, 30 cm.^s.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2016. Bibliografia: fl. 114.

Orientador: Prof. Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado

BRUNA FRANCESCHINI

**O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO E AS INOVAÇÕES
EM PROL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR**

**THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND THE
INNOVATIONS IN FAVOR OF POPULAR PARTICIPATION**

*Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra.*

Data da defesa: _____

Resultado: _____

Banca Examinadora:

Prof. Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador (a) 1
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador (a) 2
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra, 2016

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à minha família cujos esforços não foram medidos para me ajudar a realizar mais essa etapa da minha vida, sem eles, certamente, não estaria onde estou. Eles me proporcionaram e ainda proporcionam a possibilidade de lutar para realizar meus desejos, além de acreditarem em mim, muitas vezes, mais do que eu mesma, me motivando a seguir em frente.

Dedico este trabalho, portanto, aos meus pais, Maria Angela Bueno de Campos Franceschini e Alberto Spoljaric Franceschini, aos meus avós Alair Teresa Spoljaric Franceschini, Milton Antonio Franceschini, Maria Antonia Ortiz de Campos e João Batista Bueno de Campos, e, também aos meus irmãos Milton Antonio Franceschini Neto e Eduardo Franceschini.

Agradeço aos amigos de longa data e de longas distâncias, os quais mesmo na minha ausência continuam a compartilhar comigo suas vidas, conquistas e batalhas. Da mesma forma, agradeço aos amigos de perto que cultivei ao longo deste curso de mestrado e que já fazem parte de mim e de minhas histórias.

Agradeço à Universidade de Bolonha, Itália, pela receptividade e por ter sido mais um local de acumulação de conhecimento em que tive o privilégio de estar por alguns meses. Com este escopo, friso meus agradecimentos à professora Silvia Bagni que lá me recebeu e à professora Iacyr de Aguiar Vieira da minha saudosa Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais, Brasil, quem me fez esta valiosa indicação.

Finalmente, mas não menos importante, agradeço à Universidade de Coimbra, aos seus funcionários e docentes que fizeram dos dias frios mais amenos nesse percurso do 2º ciclo, especialmente, cito, aqui, a Professora Doutora Paula Veiga e, meu orientador, o Professor Doutor Jônatas Machado.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo realizar uma análise acerca dos institutos de direito constitucional inaugurados no seio das novas constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009) a respeito do reconhecimento da plurinacionalidade como forma de impulsionar uma maior participação popular na democracia. Estudiosos do Direito Constitucional evidenciam a emergência de um novo paradigma para o movimento de constitucionalismo na América Latina, o qual pode se tratar de uma alternativa para a democracia representativa nos moldes atualmente implementados. Portanto, a meta deste trabalho é promover uma visão ampla e geral tanto da história do constitucionalismo latino americano, como das características deste chamado novo constitucionalismo, sem deixar de ressaltar as polêmicas que o envolvem - por exemplo, a própria nomenclatura que para efeitos de demarcação do objeto de estudo, optou-se pela restrição das análises para a localidade da América do Sul, exceto por Guiana Francesa e Suriname. Desenvolveu-se também, um estudo acerca de termos jurídicos importantes como soberania, poder constituinte e povo, associados ao mecanismo de reforma da constituição. Neste ponto, foram averiguadas as letras da lei de cada uma das constituições de interesse. Seguidamente, explanou-se sobre o processo de reconhecimento da plurinacionalidade para, finalmente, seguir para uma análise, ainda que inicial, sobre a crise da democracia representativa, o papel do constitucionalismo hodierno e a relação entre os textos fundamentais e sua eficácia social.

Palavras-chave: novo constitucionalismo latino americano; democracia popular; reforma constitucional; plurinacionalidade.

ABSTRACT

This work is mainly aimed to carry out an analysis of the constitutional law institutes stated at the new constitutions of Venezuela (1999), Ecuador (2008) and Bolivia (2009) concerning the plurinacionalism recognition as a way to encourage greater popular participation in democracy. Constitutional law scholars show the emergence of a new paradigm for constitutionalism movement in Latin America, which can be an alternative to representative democracy in its currently implemented molds. Therefore, the goal of this work is to promote a wide and general overview of both the history of Latin American constitutionalism, and the characteristics of this so-called new constitutionalism, while noting the controversies surrounding it, for instance, its nomenclature - for demarcation purposes of the object of study, it was opted for the restriction of the analysis to the location of South America, except for French Guiana and Suriname. It was also developed a study about important legal terms as sovereignty, constituent power and people associated with the constitution reform mechanism. At this point, each of the constitutions of interest were investigated. Then, the plurinationality recognition process was explained to finally proceed to an analysis, even though on inicial terms, on the crisis of representative democracy, the role of today's constitutionalism and the relationship between the fundamental texts and their social effectiveness.

Keywords: Latin American new constitucionalism; popular democracy; constitutional reform; plurinationality.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO TEÓRICO METODOLÓGICA.....	08
1 APORTES TEÓRICOS E HISTÓRICO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO.....	16
1.1 A proposta de uma fundamentação teórica calcada nos paradigmas dos estudos pós coloniais e descoloniais.....	16
1.2 Um breve cotejo da história do constitucionalismo e do direito latino americano.....	31
2 A CONFIGURAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: CARACTERÍSTICAS GERAIS.....	48
2.1 Algumas reflexões sobre positivismo, naturalismo, proposta pós-positivista e o pluralismo jurídico.....	48
2.2 Reflexões sobre a nomenclatura.....	59
2.2.1 O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo.....	61
2.2.2 Linhas gerais do novo constitucionalismo e distinções com o neoconstitucionalismo.....	68
2.2.3 A nova proposta democrática.....	74
3 O ESTADO PLURINACIONAL: UMA EXPRESSÃO DA SOBERANIA POPULAR NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.....	79
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
BIBLIOGRAFIA.....	104

INTRODUÇÃO TEÓRICO METODOLÓGICA

A história da América Latina perpassa o período colonial que até os dias atuais guarda íntima relação com as estruturas políticas e sociais da região. O campo jurídico não fica excluído dessa realidade, notadamente, a seara do direito constitucional. A emergência do constitucionalismo, pós governos autoritários e ditatoriais, é marcada por características singulares e inovadoras, as quais fizeram com que o movimento constitucionalista se revestisse da possibilidade de trazer mudanças sociais, políticas e culturais clamadas pelos povos já tão oprimidos desta localidade do globo.

Com amparo na história do constitucionalismo, é pertinente promover uma análise acerca do surgimento e da influência colonial europeia na lei fundamental nos países da América Latina. Concomitantemente, não se pode furtar de um estudo holístico cravado nas raízes do modelo capitalista, transnacional e da globalização da política neoliberal vendida pelas grandes potências imperialistas e pelos conglomerados financeiros, os quais acabam por definir, outra perspectiva para a perpetuação do conceito de colonialismo.

Não obstante, essa história da América Latina também é assinalada por infindáveis lutas populares de resistência à opressão internacional ou das diversas formas de violações dentro dos próprios países (colonialismo interno). Em tempos remotos, as mudanças e resistências, rebeliões e revoluções foram protagonizadas por embates sangrentos, guerras, torturas, mártires etc., atualmente, embora de forma diferenciada, não se pode afirmar que os meios citados tenham sido extinguidos, muito pelo contrário, entretanto, a luta *pelo* e *dentro* do Direito ganha espaço cotidianamente e acaba por suscitar um movimento de novo constitucionalismo latino americano, ao qual o mundo observa com olhar curioso e bastante crítico.

A presente dissertação de mestrado, desta feita, ambiciona servir como substrato para a fundação das bases para uma análise crítica a respeito deste atual movimento de direito constitucional. Em que pesem as mudanças dos dispositivos legais, é imperioso manter-se alerta para não repetir erros históricos e se prevenir em prol de um futuro mais glorioso. Por isso, a insurgência de um constitucionalismo transformador significa uma resposta a um *status quo* de insatisfação de muitos, especificamente, no que tange à

democracia nos moldes que vem sendo concretizada, o que, para muitos, significa afirmar a existência de uma crise na democracia em seu modelo representativo¹.

Segundo Rousseau a vontade geral não seria, sequer, passível de representação². No entanto, como é amplamente divulgado, o modelo democrático pelas vias diretas, como se dava em Atenas, tampouco seria passível de atender as necessidades das complexas sociedades contemporâneas. As perspectivas de participação direta dos cidadãos em funções legislativas e políticas; a ideia de um poder soberano que envolva a assembleia dos cidadãos; a qual, por sua vez, ocupar-se-ia de todos os temas relevantes de uma determinada localidade; os mandatos curtos para todos os cargos públicos; além da restrição do exercício da cidadania, não se adequariam ao atual momento de Estado Democrático de Direito³. Ademais, cumpre enaltecer que a democracia direta desde os primórdios do pensamento de Rousseau já estava restrita pelo número de eleitores ou cidadãos de um certo local⁴.

Dessa maneira, a democracia moldou-se ao longo do tempo, e continua nesse processo de adequação, de forma que os modelos clássicos, apreendidos como puros, tiveram de recepcionar institutos característicos de outros modelos democráticos. As bandeiras que se levantam como soluções para tal questão são os movimentos a favor de um fortalecimento da democracia semidireta e participativa, que se efetivarão por meio dos diversos mecanismos de participação ou consulta popular.

Neste ínterim, reside a espinha dorsal do trabalho, a busca que se intenta é de visualizar como as alterações constitucionais, na verdade, tentam resolver o problema de funcionamento do próprio regime democrático em voga. Fator singular neste processo é de

¹ V. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 55 e ss; BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 25 e ss; BONAVIDES, Paulo. **A Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, nº 3, 2003, pp. 479 e ss

² ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**. 5ªed. Portugal:Europa-America, 2003. p. 32, 33, 70 e 71.

³ HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paidéia, 1987. p. 32 e 33.

⁴ Sobre o tema:

Quanto menor a unidade democrática, maior o seu potencial para a participação dos cidadão e menor a necessidade de que os cidadãos deleguem as decisões do governo a representantes. Quanto maior a unidade, maior sua capacidade para tratar de problemas importantes para seus cidadãos e maior a necessidade dos cidadãos delegarem as decisões a representantes. DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília. p. 125.

que as antigas colônias europeias começaram a seguir um caminho próprio no Direito, estão a buscar formas de responder aos seus problemas, que lhes são únicos, de modo também particular, livram-se das amarras oriundas de um eurocentrismo exacerbado, bem como dos modelos falidos de um estado de bem estar social. Isto, apenas para citar uma característica, das muitas que adiante serão expostas.

Esta dissertação segue a esteira do entendimento de que uma pesquisa jurídica não se limita ao saber dogmático, a Ciência do Direito é muito mais do que um mero estudo sobre a normatividade. Miracy Gustin e Maria Tereza Dias, em sua obra (Re) Pensando a Pesquisa Jurídica, explicam que:

Até meados do século XX, afirmava-se que a Ciência do Direito não passava de um conjunto de teorias sobre a normatividade vigente e suas exigências práticas, dando assim um maior realce ao aspecto regulativo do Direito. A esfera do Direito restringia-se a um elenco de normas, proibições, obrigações, e instituições, e a Ciência do Direito dedicava-se à sistematização e interpretação unidisciplinar desse elenco. O saber jurídico tinha natureza dogmático-tecnológica, preocupando-se com as noções de vigência e de eficiência procedimental; por essa razão, priorizava a criação de condições para a ação e para o aumento de decidibilidade dos conflitos sociais, sem se preocupar com a problematização dos fenômenos sociojurídicos e das formas de atuação e de regulação desses mesmos fenômenos⁵.

É bem da verdade que foi essa obra a responsável pela modelação da metodologia proposta neste estudo. A pesquisa-militante forma seus pilares no conceito de que o Direito não é o um recorte distanciado da sociedade, passível de ser apreendido fora dela. É necessário manter um comportamento entre teoria e prática, observando-se, sobremaneira, os reflexos desta ciência social aplicada nos mais diversos campos do viver.

Explicam as autoras que as "Novas condições de concepção da Ciência do Direito foram constituídas a partir da noção da complexidade das relações sociais, que não podem ser compreendidas em sua plenitude a partir do aumento da eficiência dos procedimentos. A Ciência Jurídica contemporânea apela à razoabilidade ao conhecimento crítico e à reconceituação do ato justo"⁶.

⁵GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica.** Teoria e Prática. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 29.

⁶ ibidem, p. 29 e 30.

Rechaçam-se ideais oriundos de verdades absolutas ou a noção de um conhecimento absoluto. As histórias e verdades precisam manter-se "condicionadas por um sistema de referências do sujeito do conhecimento que se insere em um patrimônio cultural comum a determinados grupos sociais ou sociedades mais abrangentes"⁷.

Em apertada síntese acerca das lições de Boaventura de Souza Santos, em sua obra *Um discurso sobre as ciências*⁸, são quatro os postulados que confluirão para averiguar o conceito de ciência na atualidade, a saber, primeiramente, que todo o conhecimento científico natural é também científico social, ao passo que não se aplica a separação de outrora entre Ciências Naturais e Ciências Sociais, conceitos físicos naturais podem explicar relações sociais, e vice versa. Portanto, não existem campos do saber que sejam isolados dentro de si mesmos.

O segundo postulado refere-se ao entendimento do conhecimento de forma local ou total. Local por denotar uma determinada vivência em um certo contexto de espaço-tempo, mas que apesar disso, o olhar do conhecimento mantém-se ao horizonte e estimula que "conceitos e teorias desenvolvidas localmente tornem-se universais"⁹.

O terceiro rompe com a dicotomia sujeito do conhecimento e objeto, pois toda forma de conhecer é um autoconhecimento. Ao partir para conhecer algo, antes se deve reconhecer intimamente o que nos relaciona ao que se estuda, sendo o objeto uma extensão do próprio sujeito.

Por derradeiro, esclarece que um conhecimento não é racional em si mesmo, ele necessita de outras formas do saber para se completar, por meio de uma certa transdisciplinariedade, capaz de transformá-lo em senso comum e, por conseguinte, conformá-lo "como ciência clara e transparente"¹⁰.

Assim Boaventura de Souza Santos demonstra que a construção do conhecimento científico na ciência social necessita de um diálogo com os diversos métodos de investigação ultrapassando as fronteiras de um método restrito das ciências exatas. Nesse

⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. Teoria e Prática. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 32.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. 16ª ed., Porto: Edições Afrontamento, 2010, pp. 37 - 55.

⁹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. op. cit., p. 31.

¹⁰ ibidem, p. 32.

sentido o autor afirma “para alguns, é a própria ideia de ciência da sociedade que está em causa, para outros trata-se tão-só de empreender uma ciência diferente. O argumento fundamental é que a acção humana é radicalmente subjectiva. O comportamento humano, ao contrário dos fenómenos naturais, não pode ser descrito e muito menos explicado com base nas suas características exteriores e objectiváveis, uma vez que o mesmo acto externo pode corresponder a sentidos de acção muito diferentes. A ciência social será sempre uma ciência subjectiva e não objectiva como as ciências naturais; tem de compreender os fenómenos sociais a partir das atitudes mentais e do sentido que os agentes conferem às suas acções, para o que é necessário utilizar métodos de investigação e mesmo critérios epistemológicos diferentes dos correntes nas ciências naturais, métodos qualitativos em vez de quantitativos, com vista à obtenção de um conhecimento intersubjetivo, descritivo e compreensivo, em vez de um conhecimento objetivo, explicativo e nomotético”¹¹.

Em suma, "A ciência, como um conjunto de constatações, deverá ser sempre passível de verificação por ser um saber coerente, metodicamente fundado demonstrado e sistematizado. O método, como atividade ordenada segundo princípios próprios e regras peculiares, possibilita fundamentar a relativa certeza do saber científico e de sua validade para o ser humano e a sustentação de seu bem estar e de sua dignidade"¹².

A opção metodológica perpassa três elementos centrais. A um, assumir a realidade jurídica condicionada a relações de ordem econômica, política, ética e ideológica, de forma a conceber o Direito como fenómeno jurídico, social e cultural. A dois, uma necessidade constante de se questionar o Direito Positivo como mantenedor do *status quo*. A três, entender que a metodologia é também uma opção político-ideológica quando da leitura da realidade, “ou seja, a procura nas reivindicações e demandas sociais de uma racionalidade que se desprende da racionalidade formalista e que supõe a produção de um conhecimento jurídico que não se isola do ambiente científico mais abrangente e se realiza por meio de reflexões discursivas inter ou transdisciplinares”¹³.

Portanto, em que pesem visões contrárias, o Direito é, sim, um dos instrumentos de transformação social, especialmente para aqueles países mais carentes do globo, muitos

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. 16ª ed., Porto: Edições Afrontamento, 2010, p. 22.

¹² GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. Teoria e Prática. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 32.

¹³ *ibidem*, p. 39.

que, por longos anos, sequer tiveram ordenamentos jurídicos que representassem suas próprias angústias. Discorrem, então, que:

As condições sociais do pós guerra e a insuficiência da ação pública em relação às várias crises que se colocam fazem surgir novos formatos estatais, os quais não são capazes de debelar a explosão de litigiosidade que se faz acompanhar de novos atores coletivos sociais (as organizações não governamentais e os novos movimentos sociais). Esse contexto social de resistência é uma das razões para o surgimento da crise de identidade e de referências políticas.

A noção dessa complexidade social vem valorizar a necessidade de investigações que se pautem por novas metodologias, novos temas como foco de estudo e a delimitação de objetos de pesquisa que exigem problematização e teorias explicativas de conteúdos cada vez mais complexos¹⁴.

Com este escopo, dentre as grandes vertentes teórico-metodológicas da pesquisa social aplicada e jurídica, a que norteia esta dissertação é a jurídico-sociológica ou empírica, pois é o modelo que almeja analisar o fenômeno jurídico - no caso, o fenômeno jurídico constitucional hodierno latino americano - no ambiente social como um todo. De maneira que o Direito seja fruto do contexto social que o circunda e as questões de sua eficiência e eficácia estejam em constante indagação. É o método que se preocupa com "a faticidade do Direito e as relações contraditórias que estabelece com o próprio Direito e as relações contraditórias que estabelece com os demais campos: sócio-cultural, político e antropológico"¹⁵.

Valendo-se do raciocínio indutivo, o qual "parte de dados particulares e localizados e se dirige a constelações gerais"¹⁶, em outros termos, o caminho que leva o estudo de algo particular para o geral, são criadas as premissas cabais do um novo movimento de constitucionalismo, na contemporaneidade, e adstrito ao território latino americano. A partir desse entendimento, seguem as análises das consequências desse movimento jurídico no seio dessas sociedades pós coloniais.

Finalmente, é salutar enaltecer também o caráter histórico-jurídico do estudo, pois as investigações desse tipo analisam a evolução de determinado instituto jurídico em uma

¹⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. Teoria e Prática. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 40.

¹⁵ *ibidem*, p. 42.

¹⁶ *ibidem*, p. 46.

compatibilização de espaço/tempo, se trata de uma investigação de origens, causas e efeitos de uma sucessão de fatos.

Em preciosa lição¹⁷:

As novas metodologias históricas, no entanto, não abordam o fenômeno histórico de forma linear e simplória. As mudanças constituem-se a partir de condições de possibilidade que são transdisciplinares e que, só assim, podem ser analisadas. O fenômeno histórico, assim como o histórico jurídico deverá ser reconhecido a partir de uma multiplicidade de tempos, fontes, de redes sociais e conceituais. Não existem tempos lineares e sucessivos. (...) as fontes históricas devem ser formativas e não só informativas para o investigador. (...) Deve haver, sempre, a preocupação com uma história compreensiva que incorpore as contradições entre fenômenos, os recalcamientos sociais provocados pelas várias formas de opressão, não só o texto e o contexto, mas principalmente, as intertextualidades etc.

Critica-se, por conseguinte, que as partes históricas apresentadas nas pesquisas jurídicas são contaminadas pela metodologia tradicional do conhecimento, diretamente influenciada pelo positivismo, cujas características são o fato de se narrar uma história preocupada com a reconstrução de passado por um reflexo 'fiel' dos fatos; eliminar todo fator subjetivo do conhecimento histórico; e, construir a figura de um historiador imparcial¹⁸.

O trabalho foi esquematizado, pois, em três capítulos, seguidos pelas considerações finais e referências bibliográficas. Seus grandes objetivos são o de definir e explicar o que é esse novo constitucionalismo e garantir que ele seja visto como objeto de pesquisa independente e inovador (sob a égide dos estudos pós e descoloniais) e enfatizar o intento em se promover uma nova e mais efetiva forma de participação popular/soberania popular dentro e fora das instituições.

O primeiro pretende edificar a proposta pós colonial e as teorias descoloniais como o sustentáculo teórico metodológico da emergência do constitucionalismo latino americano.

Além disso, como já afirmada à importância de uma leitura histórica dos acontecimentos, despenderam-se esforços para percorrer a história do constitucionalismo e

¹⁷ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica**. Teoria e Prática. Del Rey: Belo Horizonte, 2002, p. 46.

¹⁸ *ibidem*, p. 47.

do próprio Direito na América Latina, descortinando as contribuições das metrópoles europeias nesse sentido.

O segundo capítulo, a seu turno, se ocupará de definir as características gerais do chamado novo constitucionalismo, a rigor, abordará, também, o problema da nomenclatura, assentada tanto na dicotomia entre neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo.

O terceiro e derradeiro capítulo será responsável por iniciar uma análise crítica acerca do nascimento de uma alternativa latino americana, com ênfase ao reconhecimento da plurinacionalidade, a favor de uma maior e mais abrangente participação popular. A eficácia social não poderia, todavia, ser considerada apenas sob o prisma do Direito, por isso, o que se pretende é garantir uma abordagem interdisciplinar do tema, ainda que em um plano inicial.

A fim de cumprir esse objetivo, foi feita a revisão bibliográfica da melhor doutrina hodierna, sem nunca se furtar de abranger o assunto sob uma perspectiva pós colonial, emancipatória, não sexista, a favor de uma agenda ampla e efetiva de direitos humanos.

No mesmo sentido, vários serão os pontos de questionamentos, os quais servirão como um pontapé inicial para outras tantas investigações, pois a pesquisa não poderá ser um fim em si mesma. O grande objetivo é que ela seja uma faísca para que os interessados voltem seus olhares para a história do constitucionalismo, para a importância do tema para o mundo atual, principalmente, que sirva para dar visibilidade para o Direito como instrumento de transformação social na América Latina.

1 APORTES TEÓRICOS E HISTÓRICO DO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

1.1 A proposta de uma fundamentação teórica calcada nos paradigmas dos estudos pós coloniais e descoloniais

Um dos grandes questionamentos que se fazem quando da pugnação da existência de um constitucionalismo de matriz latino americana, é qual seria seu embasamento teórico. Diferentemente dos movimentos constitucionais europeus, que gozam de credibilidade por se escorarem em inúmeras obras tidas como clássicas e, com isso, possuírem sólidas fundamentações teóricas para seus distintos momentos históricos, cabe ainda à latino América o desenvolvimento e propagação de aportes teóricos que sustentem os ideais que representem sua própria história e seus interesses, sob uma ótica emancipatória.

A proposta deste tópico é, nesse sentido, de se perfilhar aos estudiosos que vislumbram o pós colonialismo e as teorias descoloniais como o marco teórico capaz de responder ao questionamento supra. Desde já, vale dizer que o afastamento das teorias euro e etnocêntricas não significa, por nenhum instante, sua completa negação - afinal, haveria o risco de agir de forma descompromissada com os ensinamentos da história mais uma vez, noutras palavras, poderia haver a repetição dos mesmos erros de outrora, só que dessa vez em sentido oposto.

As influências europeias e norte americanas sempre estarão presentes na regulação do Estado e no funcionamento do Direito, pois as raízes mais profundas desses instrumentos de regulação da vida em sociedade são daí provenientes. O que se pretende é superar a naturalização de importações de conceitos, mecanismos e políticas que não respondam aos anseios da população de um determinado local. Assim, como é facilmente aceitável que certas realidades do Sul global¹⁹ não se aplicam e, muito provavelmente, nunca se aplicarão ao Norte global, o inverso também precisa e deve ser respeitado²⁰.

¹⁹ O Sul Global não é uma denominação geográfica e sim um conceito vinculado ao terceiro mundo, países subordinados ao imperialismo colonial. Conforme Boaventura o conceito de sul global é uma definição e delimitação das hierarquias mundiais, assim “(...) países desenvolvidos e em desenvolvimento, países do Primeiro Mundo e do Terceiro Mundo, Norte e Sul, países ricos e países pobres. (...) A hierarquia não é hoje entre países apenas, é entre setores econômicos, grupos sociais, regiões, saberes, formas de organização social, culturas e identidades. A hierarquia é o efeito acumulado das desigualdades das relações entre as

Santamaría²¹ esclarece que a inadequação em aplicar o modelo europeu na América Latina decorre, primeiramente, do fato dos problemas sanados pelo constitucionalismo europeu responderem, única e exclusivamente, às celeumas deste continente. Há realidades que sequer poderiam ser cogitadas por eles, para que pudessem apresentar alternativas positivadas, como, simplesmente, o fato de nunca terem os países da Europa vivenciado um período colonial. Foram metrópoles, mas nunca colônias.

Além disso, nunca conviveram com um estado de segregação, tampouco com a exclusão de populações originárias e majoritárias de um território. O autor afirma a relação direta daquele com a opressão das culturas e deste com a pobreza generalizada. Outra razão exposta é que nunca houve um compromisso real de se implementarem as conquistas dos movimentos europeus no território das colônias²².

Com este escopo, é imperioso fazer uma revisão bibliográfica da melhor doutrina sobre o assunto, bem como diferenciar o pós colonialismo das teorias descoloniais. O pós colonialismo, se apreendido de uma forma cronológica, é uma expressão que pode se referir ao momento histórico que reflete o fim do período colonial, atrelado aos processos de independência das antigas colônias europeias.

Entretanto, o critério histórico cronológico não se faz suficiente, pois a ocasião posterior à chamada descolonização formal engloba um espaço de tempo muito extenso e

formas dominantes e as formas dominadas de cada uma desses campos”. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 19.

²⁰ Nessa esteira, é imprescindível o trecho do texto de Santamaría: “El constitucionalismo occidental y su adaptación latinoamericana, a pesar de las in - novaciones jurídicas, son una respuesta a necesidades sentidas particularmente en occidente y desde su lógica de comprensión del derecho y el estado. Por ello, el análisis de Ferrajoli y de otros pensadores del “norte” en relación a la crisis es correcto pero incompleto. Lo que pretende Ferrajoli es crear un estado y un derecho que pueda ser aceptable dentro de un modelo que ha venido evolucionando en Europa y que ha tenido sus crisis por desajustes estructurales, como la tensa relación entre neoliberalismo y estado de bienestar, los retos de los estados nacionales antes los procesos de integración comunitaria y la fuerte presencia de inmigrantes de todos los continentes”. SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito, 2011, p.75. Disponível em:

<<http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em: 11 de jun de 2016.

²¹ *ibidem*, p. 75 - 77

²² “Así, por ejemplo, la lucha por el reconocimiento político de los burgueses, que desembocó en la Revolución Francesa, tiene una fuerte raíz feudal y en el desarrollo de los burgos; la lucha por mejores condiciones laborales tiene relación con la denominada Revolución Industrial, que desembocó en los estados de bienestar. De ahí que afirmar que la implantación del estado liberal y del estado de bienestar fue una imposición y que nunca pudo funcionar como en Europa, no es descabellado. Ninguno de estos modelos realmente funcionó en nuestra región”. *ibidem*, p. 7

permeado por realidades muito distintas, visto que os primeiros processo de independência datam dos primórdios do século XIX, e, ainda na década de 70, colônias africanas ainda pelejavam por sua libertação das metrópoles, com isso, “a extensão do período e os acontecimentos políticos que o marcam não permitem caracterizar o fim da hegemonia política e econômica das metrópoles coloniais ocidentais”²³.

A tentativa de definir a expressão correlacionando-a a um determinado período histórico - e também, por, em muitas vezes, o prefixo pós assim acaba por indicar²⁴ - conduz ao falso entendimento de que episódios ligados ao colonialismo e à dependência foram ultrapassados. De forma, diametralmente oposta, "os estudos pós coloniais se ocupam das ininterrupções da relação colonial na contemporaneidade"²⁵.

Destarte, sob o rótulo do mesmo pós colonialismo, ou pós colonialismos²⁶, existe toda uma teoria social e teórico - política elocubrada para tentar compreender certos 'atrasos' nas antigas colônias. Segundo Mellino, a nomenclatura espalha-se dentro da sociologia do subdesenvolvimento, com o fito de fornecer elementos justificantes do atraso socioeconômico destas sociedades: “*La expresión poscolonial ha tenido una relativa difusión en los años sesenta dentro de la sociología del subdesarrollo. Nacido en los años sucesivos a la Segunda Guerra Mundial, este campo específico de estudios, a mitad de camino entre sociología, historia, economía y ciencias políticas, tuvo como primer objetivo la comprensión y el análisis de las causas y motivos del retraso socioeconómico de las sociedades del Tercer Mundo. El desarrollo del proceso de descolonización y el creciente deseo de modernización de las naciones que se habían independizado favorecieron la consolidación de tal disciplina*”²⁷.

²³ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano. In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo. p. 14

²⁴ GALINDO, George Rodrigo Bandeira; RORIZ, João Henrique Ribeiro. Da teoria à política: a perspectiva pós-colonial nos estudos de relações internacionais e direito internacional. p. 2. Disponível em: <https://www.academia.edu/13426831/Da_teor%C3%A0_pol%C3%ADtica_a_perspectiva_p%C3%B3s-colonial_nos_estudos_de_rela%C3%A7%C3%B5es_internacionais_e_direito_internacional>. Acesso em 1 de jun de 2016.

²⁵ idem.

²⁶ Dada a vastidão de contextos e das diversas localidades que se inserem nesses estudos, há quem prefira o rigor do uso da terminologia no plural, pós colonialismos.

²⁷ MELLINO, Miguel. La crítica poscolonial: descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales. Buenos Aires: Paidós, 2008. p. 33

O que se entende é que o pós-colonial extrapola o mero conceito de um período que venha a suceder a outro, mas, sim, "toda a cultura condicionada pelo processo colonial desde o momento da colonização até o presente, uma vez que existe uma continuidade nos temas e nas preocupações durante todo o processo iniciado com a expansão imperial europeia"²⁸.

Esta premissa sugere que os estudos em voga não se limitem às, "(...) ex-colônias que adquiriram sua independência após a Segunda Guerra Mundial, para cuja análise surgiram, mas alargá-los de modo a incluir uma reflexão sistematizada acerca das consequências da colonização para a definição da geopolítica mundial, suas transformações e principais expressões na virada do século XX para o XXI, no qual o colonialismo, formalmente, restou destruído"²⁹.

Ainda, na esteira do estudo de Bragato, "o pensamento pós-colonial inicia uma segunda fase em torno de três décadas após o fim da Segunda Guerra Mundial, no campo acadêmico do mundo anglo-saxônico, em conexão com estudos de colonialismo e de literatura colonial, sob a influência de perspectivas pósmodernas. As causas da emergência deste novo campo acadêmico se devem, segundo Coronil (2008, p. 396-398), a uma série de fatores, a saber: a crescente deficiência dos projetos de desenvolvimento nacional do Terceiro Mundo; o ocaso do socialismo; a ascendência da política conservadora no Reino Unido (Thatcherismo) e nos Estados Unidos da América (Reaganismo); e o irresistível aparecimento do capitalismo neoliberal como o único horizonte histórico viável"³⁰.

Castro-Gómez disciplina que o colonialismo não é somente um fenômeno econômico e político, mas que também tem uma dimensão epistêmica ligada ao nascimento das ciências humanas, tanto no centro, como em sua margem³¹.

Ante o exposto, Bragato, afirma que "o pós-colonialismo pode ser entendido como um movimento intelectual que se consolidou a partir das lutas de independência vivenciadas no século XX, especialmente nas décadas de 60 e 70. Nesse sentido, a

²⁸ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano**. In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo. p. 15

²⁹ idem.

³⁰ idem.

³¹ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La poscolonialidad explicada a los niños**. Editorial Universidad del Cauca, 2005. p. 19

militância política de diversos intelectuais, integrados a essas lutas, possibilitou a construção de reflexões pautadas pela necessidade de ampliar as bases democráticas da sociedade, especialmente a partir da visibilidade dada às consequências destrutivas das políticas imperialistas nestas sociedades”³².

No ponto de vista de Santos é que "a perspectiva pós colonial não se destina apenas a permitir a auto-descrição do Sul, ou seja, a sua auto destruição enquanto Sul imperial, mas também a permitir identificar em que medida o colonialismo está presente como relação social nas sociedades colonizadoras do Norte, ainda que ideologicamente ocultado pela descrição que estas fazem de si próprias. Este dispositivo analítico é particularmente necessário no espaço geopolítico de língua oficial portuguesa, dada a longa duração do ciclo colonial"³³.

Frise-se que o pós-colonial não implica apenas em um período que sobreveio a outro, e sim, "a toda a cultura condicionada pelo processo colonial desde o momento da colonização até o presente, uma vez que existe uma continuidade nos temas e nas preocupações durante todo o processo iniciado com a expansão imperial europeia"³⁴. Nessa toada, os estudos alargam-se "de modo a incluir uma reflexão sistematizada acerca das consequências da colonização para a definição da geopolítica mundial, suas transformações e principais expressões na virada do século XX para o XXI, no qual o colonialismo, formalmente, restou destruído"³⁵.

Estão entre os pensadores expoentes, como bem elencam Galindo e Roriz Edward Saïd, Homi Bhabha, Gayatri Spivak, Stuart Hall e Paul Gilroy, cujas influências são os "debates pós-estruturalistas avançados por franceses como Michel Foucault, Jacques Lacan e Jacques Derrida, ainda que haja uma acusação de insuficiência ao programa político dessa tradição e um chamado à necessidade de engajamento acadêmico enquanto projeto emancipatório"³⁶. Pode-se notar, ainda, a forte presença de "pensadores, ativistas e artistas

³² BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano**. In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo, p. 15.

³³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Do pós moderno ao pós colonial**, p. 23. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf>. Acesso em

³⁴ ASHCROFT, Bill; GRIFFITS, Gareth; TIFFIN Helen. Key concepts in post-colonial studies. 2nd ed. London: Routledge, 2007, p. 169

³⁵ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. op. cit., p. 15

³⁶ GALINDO George Rodrigo Bandeira; RORIZ, João Henrique Ribeiro. **Da teoria à política: a perspectiva pós colonial nos estudos de relações internacionais e direito internacional**. Disponível em:

de lugares periféricos, como o psicanalista argelino Franz Fanon, o poeta também argelino Aimé Césaire e o professor tunisiano-judeu Albert Memmi³⁷.

Os autores ainda revelam outros movimentos que têm afinidades com o pós-colonialismo, dentre eles, "o Grupo de Estudos Subalternos, formado no sul asiático e que tem como seu expoente Ranajit Guha e Spivak, e os chamados estudos culturais, perspectiva desenvolvida principalmente em universidades britânicas a partir do trabalho de Stuart Hall"³⁸.

Santos enaltece o caráter culturalista dos estudos pós coloniais, isto porque sua área de atuação predominante foram os estudos culturais, as análises dos discursos literários e correlatos que, de certo modo, sempre indicavam as dificuldades/impossibilidade do colonizado ter voz ativa na elaboração do discurso mesmo depois do período colonial cronológico ter findado.

Contudo, ele ressalva que (o viés culturalista) trata-se de uma investigação importante, "mas que, se ficar confinado à cultura, pode correr o risco de ocultar ou esquecer a materialidade das relações sociais e políticas que tornam possível, quando não exigem, a reprodução desses discursos, ideologia e práticas simbólicas. Sem querer estabelecer prioridades entre lutas econômicas, sociais e políticas ou culturais - para mim, todas elas são políticas quando confrontam as estruturas de poder -, é importante desenvolver marcos analíticos que capacitem todas elas"³⁹.

Em caráter de síntese, pode-se concluir que o pós colonialismo é fruto de estudos acadêmicos, ligados aos processos de independências do século XX, especialmente nas décadas de 60 e 70, com o fito de compreender as consequências trágicas do colonialismo e do imperialismo, principalmente, nos territórios da Ásia e da África.

<https://www.academia.edu/13426831/Da_teor%C3%A0_pol%C3%ADtica_a_perspectiva_p%C3%B3s-colonial_nos_estudos_de_rela%C3%A7%C3%B5es_internacionais_e_direito_internacional>. Acesso em 1 de jul de 2016. p. 1

³⁷ GALINDO George Rodrigo Bandeira; RORIZ, João Henrique Ribeiro. **Da teoria à política: a perspectiva pós colonial nos estudos de relações internacionais e direito internacional**. Disponível em: <https://www.academia.edu/13426831/Da_teor%C3%A0_pol%C3%ADtica_a_perspectiva_p%C3%B3s-colonial_nos_estudos_de_rela%C3%A7%C3%B5es_internacionais_e_direito_internacional>. Acesso em 1 de jul de 2016. p. 1

³⁸ idem.

³⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Do pós moderno ao pós colonial**. p. 25

Coronil⁴⁰ assevera que as causas deste estudo são "a crescente deficiência dos projetos de desenvolvimento nacional do Terceiro Mundo; o ocaso do socialismo; a ascendência da política conversadora no Reino Unido (Thatcherismo) e nos Estados Unidos da América (Reaganismo); e o irresistível aparecimento do capitalismo neoliberal como único horizonte viável"⁴¹.

Impende perpassar algumas das contribuições mais relevantes de alguns dos destacados nomes do pós colonialismo para auxiliar na construção do caminho que se pretende trilhar, qual seja de conectá-lo às atuais nuances constitucionais na América Latina. Para isso, dada à vastidão de orientações que se podem seguir derivando deste assunto, serão seguidos os contributos da esquematização já feita por dois trabalhos brasileiros. Um é o pós colonialismo, descolonialidade e marxismo: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano⁴² e o outro é A importância do pós colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano⁴³.

Aimé Cesaire foca seus ensinamentos na impossibilidade de defender a Europa, moral e espiritualmente, visto as marcas do seu colonialismo moderno e do seu projeto civilizatório.

Edward Said com sua obra *Orientalismo*⁴⁴ "lança mão de um arcabouço conceitual foucaultiano – poder, conhecimento – para mostrar que, ao colocar-se em uma posição de sujeito que conhece, o Ocidente historicamente constituiu o Oriente como o seu Outro (a

⁴⁰ CORONIL, Fernando. **Natureza do pós-colonialismo**: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 50-61. (Colección Sur Sur). p. 396.

⁴¹ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano**. In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo*. p. 15

⁴² MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. **Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo**: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016.

⁴³ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. op. cit. p. 15

⁴⁴ Obra expoente na questão da 'Occidentalização' das narrativas em detrimento do outro, o Oriente. SAID, Edward W. **Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente**. Trad. de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ser conhecido), e que essa relação de conhecimento serve como fundamento e legitimação à supremacia militar e econômica de um sobre o outro"⁴⁵.

Conhecimento é conectado intimamente ao poder exercido sobre o outro, pois 'ter conhecimento é dominar', no sentido de que a própria existência do outro é determinada em segundo esse conhecimento, o que acaba por desferir uma grande autoridade (e a negação da autonomia) exercida por 'nós' sobre os 'outros'. E, da mesma forma que se constrói o 'outro', constrói-se o 'nós'.

A essencialização do outro é mais uma das características trazidas pelo autor, forja-se uma ideia de estabilidade, então “Mesmo que - o outro- mude através do tempo (e de um lugar para o outro, afinal o Oriente é geograficamente muito extenso), o objeto de conhecimento é fundamentalmente estável, a sua essência permanece (como essência) sempre a mesma”⁴⁶.

O que ele inaugura é a possibilidade do outro começar a ser descrito, narrado, inventado e até mesmo existir segundo olhares diferentes do que os de seus opressores. A questão em tela passa a ser quem poderá falar pelo subalterno. Como sua raiz é europeia, ainda com ranços tradicionalistas, não se cogita que o próprio subalterno terá direito à voz.

A próxima autora é Spivak, que também tem suas influências no pensamento europeu, mas que parte justamente para a discussão de que se pode o subalterno falar, nome de sua obra, e com isso ser o agente de sua própria libertação. "Sua resposta à questão-título não é menos polêmica: não, o subalterno não pode falar, porque é sempre a voz dos outros (intelectuais, elites locais, etc.) que fala por ele. A reação de Spivak é contra a tendência dos intelectuais ocidentais de representar não-problematicamente a voz do oprimido como se ela fosse um dado simples, mesmo quando, em todos os outros âmbitos do seu pensamento, defendem uma concepção descentralizada do sujeito"⁴⁷.

Ao contrapor Said e Spivak percebe-se que, enquanto para o primeiro "o colonizador não fala pelo colonizado, mas sim coloca a fala do subalterno como

⁴⁵ MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. **Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo:** um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016.

⁴⁶ idem.

⁴⁷ idem.

desnecessária, na medida em que este é objeto de conhecimento⁴⁸". Ademais, as raças subalternas sequer teriam condições de saber o que é melhor para elas. Esta demonstra "como Foucault e Deleuze atribuem ao subalterno ambas capacidades – de “falar” e de “saber o que querem” de forma inocentemente não-problemática. Para ela, essa não-problematização exerce o mesmo efeito essencializante que o gesto colonizador tradicional"⁴⁹.

Para a autora, emerge a necessidade de uma produção ideológica contra hegemônica, pois sem isso, o positivismo empiricista logrou em se autoconceber como o detentor da experiência concreta.

"Alguma das críticas mais radicais produzidas pelo Ocidente hoje são o resultado de um desejo interessado em manter o sujeito do Ocidente como Sujeito. A teoria dos sujeitos-efeitos pluralizados dá a ilusão de um abalo na soberania subjetiva, quando, muitas vezes, proporciona apenas uma camuflagem para esse sujeito do conhecimento. Embora a história da Europa como Sujeito seja narrada pela lei, pela economia política e pela ideologia do Ocidente, esse sujeito oculto alega não ter 'nenhuma determinação geopolítica'. Assim, a tão difundida crítica ao sujeito soberano realmente inaugura o Sujeito"⁵⁰.

No entanto, essa primeira leva de pensadores são marcadamente influenciados pela filosofia e tradição europeia, conseguem, sim, inovar, porém ainda gozam de muitas críticas.

O conceito de modernidade acaba por ser alvo de ataque das diversas teorias, tanto a pós-estruturalista, quanto a pós-colonial e a descolonial latinoamericana. Para os descoloniais latino-americanos, a descoberta da América, é marco teórico da modernidade,

⁴⁸ MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016.

⁴⁹ idem.

⁵⁰ SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Trad. de Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2010a. pp. 20 e 21

quando a Europa depara-se com o seu “Outro” e consegue controla-lo, violenta-lo e vencê-lo⁵¹.

Para os pós-coloniais, por sua vez, localizam o surgimento da modernidade no momento em que Inglaterra e França passaram a exercer o papel de forças imperiais, no século XVIII⁵².

A famigerada obra *The Idea of Latin America*⁵³ serve para explicitar quais seriam as principais premissas do projeto modernidade/colonialidade: “1. Não há modernidade sem colonialidade, porque a colonialidade é constitutiva da modernidade. 2. A / mundo colonial moderna (e a matriz colonial de poder) tem origem no século XVI, e a descoberta / invenção da América é o componente colonial da modernidade, cuja face visível é o Renascimento europeu. 3. O Iluminismo e a Revolução Industrial são derivados momentos históricos que consistem na transformação da matriz colonial de poder. 4. A modernidade é o nome para o processo histórico em que a Europa começou seu progresso em direção a hegemonia mundial. Ele carrega um lado mais escuro, colonialidade. 5. O capitalismo, tal como a conhecemos hoje, é um dos a essência para a concepção de modernidade e seu lado mais escuro, colonialidade. 6. O capitalismo e a modernidade / colonialidade teve um segundo momento histórico de transformação após a Segunda Guerra Mundial, quando os EUA assumiu a liderança imperial anteriormente reconhecida em diferentes épocas por Espanha e Inglaterra”.

A crítica dos descoloniais é considerada mais radical, porque situa o nascimento do capitalismo, da modernidade e da colonialidade no mesmo momento histórico. Uma vez compreendida "a colonialidade como a outra face da modernidade e a pobreza do Sul como a outra face do desenvolvimento capitalismo no Norte, tem-se uma visão mais ampla e complexa da realidade na qual estamos inseridos"⁵⁴.

⁵¹ DUSSEL, Enrique. **1492: O encobrimento do Outro** (ou origem do “mito da modernidade”). Trad. de Jaime A. Claesen. Petrópolis: Vozes, 1993.

⁵² BLANCO, Juan apud MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016

⁵³ MIGNOLO, Walter. **The Idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2005. p. 18.

⁵⁴ MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016.

A teoria descolonial se ocupa em distinguir a 'colonialidade' e o 'colonialismo'. Em breves palavras, "o colonialismo estaria vinculado a um período de tempo em que as nações latinoamericanas estiveram sob o controle das metrópoles europeias, notadamente Portugal e Espanha, dependência esta que estaria finalizada uma vez alcançada a independência. A colonialidade, por sua vez, diria respeito à lógica de domínio no mundo e que independe do controle territorial sobre territórios específicos. As relações de poder da colonialidade transcendem o período propriamente colonial – o colonialismo, portanto –, em que pese terem aí se iniciado".

O saber pós-colonial deriva da "teoria crítica europeia proveniente do pós-estruturalismo e as experiências da elite intelectual nas ex-colônias inglesas na Ásia e norte da África", ao passo que o projeto descolonial tem uma outra matriz: estaria situado na própria modernidade e teria como característica a contestação da mesma, trazendo à tona experiências distintas das produzidas nos centros de poder imperial⁵⁵.

A descolonialidade abarca as relações hierárquicas que se dão em escala global, mas também em escala local e sempre pressupõe uma diferença colonial, o que "significa que a teoria reivindica a localidade de todo o pensamento, inclusive o europeu, que é transmitido como se “neutro”, “deslocalizado”, ou ainda “universal” fosse, mas que, de fato, é fruto de uma certa realidade social⁵⁶.

Ainda, na esteira de diferenciar pós colonialidade e descolonialidade: *“Mientras que la crítica de los ‘postcolonial studies’ hace énfasis en el ‘discurso colonial’, el enfoque del sistema-mundo señala la interminable e incesante acumulación de capital a escala mundial como la determinación en ‘última instancia’. Mientras que las críticas postcoloniales enfatizan la agencia cultural de los sujetos, el enfoque del sistema-mundo hace énfasis en las estructuras económicas. Con todo, algunos investigadores de la teoría anglosajona, como Gayatri Spivak (1988), reconocen la importancia de la división internacional del trabajo como constitutiva del sistema capitalista, mientras que otros investigadores del sistema-mundo, como Immanuel Wallerstein (1991a, 1991b), reconocen la importancia de los discursos racistas y sexistas como inherentes al capitalismo*

⁵⁵ MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016.

⁵⁶ idem.

histórico. Sin embargo, en general, los dos campos todavía están divididos entre las oposiciones binarias discurso/economía y sujeto/estructura. En parte esto es una herencia de las 'dos culturas' que dividen a las ciencias (naturales y sociales) de las humanidades, división basada en el dualismo cartesiano mente/cuerpo"⁵⁷.

Ambas são críticas ao eurocentrismo e consideram a produção de conhecimento como vital para a manutenção de estruturas de poder, muitos aspectos afastam a teoria pós-colonial da descolonial: "o pós-colonialismo anglófono mantém sempre o forte aspecto de de-centralização dos discursos. Em suma, se com o marxismo a teoria descolonial diverge no sentido de destacar a importância do olhar para as instituições, a epistemologia e a cultura como elementos cruciais para a exploração capitalista e para a hierarquização da sociedade; com a pós-colonialidade e o pós-estruturalismo, o pensamento descolonial diverge na medida em que intenta atrelar as hierarquias locais à narrativa do capitalismo global, não à maneira descentralizada dos pósmodernos, mas por meio de uma verdadeira re-centralização"⁵⁸.

Assim Bragato aduz que, "o pós-colonialismo avança, ao enfrentar os vínculos entre a metafísica ocidental e o projeto europeu de colonização, aspecto não tematizado pelos autores europeus. Nesse sentido, pode-se afirmar que o pensamento pós-colonial reflete acerca das limitações de uma crítica intraeuropeia e ainda eurocentrada, na medida em que não problematiza as diferenças e contradições de um modelo de desenvolvimento social, político e econômico baseado na diferenciação racial e na subjugação de outros povos e culturas, encobertas pelo mito civilizatório e pelo discurso de liberdades e direitos universais"⁵⁹.

No que tange à América Latina, a despeito dela também ter sido considerada parte do Terceiro Mundo, sua realidade não foi o enfoque dos estudos pós coloniais incipientes,

⁵⁷ CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. Prólogo. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. IN: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (eds.) El Giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 2007, p. 15

⁵⁸ MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016.

⁵⁹ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano.** In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo, p. 17.

da década de 70, 80, naquele momento, o enfoque eram mesmo os territórios africanos e asiáticos. A terminologia usada para o pensamento social latino americano não era pós colonialismo, mas sim, dependência⁶⁰.

Dizem às autoras que, “Não obstante o impacto da colonização na América Latina e de inúmeros trabalhos nesta área, desenvolvidos por pensadores como Leopoldo Zea, Enrique Dussel, Rui Mauro Marini, Theotônio dos Santos, Aníbal Quijano e Walter Mignolo, a questão foi incluída como objeto dos estudos pós-coloniais de forma tardia. Por isso, ainda não há, na academia latinoamericana, um conjunto de trabalhos comumente reconhecidos como pós-coloniais, mas estes vêm sendo desenvolvidos, inclusive, no que concerne ao contexto da América Latina, precipuamente na academia anglo-saxônica dos Estados recém-descolonizados. A organização e a sistematização de leituras e publicações em torno do papel latinoamericano e sua contribuição para o processo de descolonização do conhecimento e da produção acadêmica ocorrem posteriormente à consolidação do pós-colonialismo (década de 60) e de movimentos importantes, organizados por pesquisadores e intelectuais indianos (Grupo de Estudos Subalternos indiano) e latino-americanos (Grupo Latino-americano de Estudos Subalternos), nas décadas de 70 e 80”⁶¹.

Desta feita, com a expansão dos estudos pós coloniais urge a necessidade de se produzir um conhecimento latino americano também nessa linha. São os estudos prévios da região que servirão de influências para o que se produzirá a seguir, a saber, a Filosofia e Teologia da Libertação e Teoria da Dependência.

Um novo olhar sob o chamado primitivismo vem à tona, qual seja, com o florescimento do pós colonialismo na seara dos estudos culturais, faz-se mister um giro para a própria história. A América Latino passa a revisitar suas raízes a fim de buscar entender novos eventos para explicar sua realidade, mas já sem focar no aspecto linear e evolucionista do pensamento moderno, contrariando as grandes narrativas da modernidade e com novos padrões de pensar e agir não eurocêtricos: “Nesse campo extremamente plural que procurava, de forma geral, comprometer-se com a produção contra-hegemônica

⁶⁰ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano**. In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo, p. 18.

⁶¹ ibidem. p. 18-19

de conhecimento e desafiar as nuances etnocêntricas, monolíticas e centralizadoras da modernidade europeia/norte-americana, destacaram-se, a partir do final dos anos 90, as ideias de alguns intelectuais articulados em torno de um projeto intitulado “modernidade/colonialidade”. A essa produção deu-se o nome de estudos descoloniais ou pensamento descolonial⁶².

É de Enrique Dussel a tese de que a conquista da América, em 1492, representou o início da modernidade europeia⁶³: Universalizou-se a visão do “Velho” mundo, que, por ser “Velho”, já não é o “Atual”: quer dizer, existe um “novo” horizonte que compreende o velho e o novo mundos: o horizonte da Modernidade nascente, na consciência empírica do próprio Vespúcio: Velho Mundo + Novo Mundo (nova particularidade) = um Novo Mundo Planetário (nova universalidade): “Eurocentrismo” será a identificação do Velho Mundo (como “centro”) com o Novo Mundo Planetário. [...] De fato um “mundo” acabava – e por isso é totalmente eufemístico, “grande palavra vazia” falar do “encontro dos mundos”, quando um deles era destruído e sua estrutura essencial (...)."

Outro pensador relevante é Aníbal Quijano e seu estudo acerca da colonialidade do poder. Para ele, a descoberta América, colocou em voga um novo padrão de poder com uma vocação global e seriam dois seus eixos estruturantes: "o racismo, que naturalizava as diferenças entre conquistadores e conquistados em uma relação de subjugação destes em relação àqueles; e a articulação de todas as formas de controle sobre o trabalho, recursos e produtos em torno do capital e do mercado mundial"⁶⁴. E ainda que com a suposta entrada na pós modernidade o padrão ainda seria o mesmo.

O que se extrai do sua concepção de colonialidade do poder é que esta é a justificativa para a articulação entre capitalismo, poder político e a colonização do imaginário, *in verberis*, “*La centralidad de esta categoría [colonialidad del poder] radica en que permite avanzar hacia una analítica del poder en las sociedades modernas que se*

⁶² BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano.** In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo, p. 19

⁶³ DUSSEL, Enrique. **1492: O encobrimento do Outro (ou origem do “mito da modernidade”).** Trad. de Jaime A. Claesen. Petrópolis: Vozes, 1993. p.40-45

⁶⁴ MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016.

desmarca de los parámetros señalados por la obra de Michel Foucault, por lo menos en tres sentidos: primero, porque hace referencia a una estructura de control de la subjetividad que se consolidó desde el siglo XVI y no apenas en el XVIII (la «época clásica»); segundo, y como consecuencia de lo anterior, porque coloca en el centro del análisis la dimensión racial de la biopolítica y no solamente la exclusión de ámbitos como la locura y la sexualidad; y tercero, porque proyecta este conflicto a una dimensión epistémica, mostrando que el dominio que garantiza la reproducción incesante del capital en las sociedades modernas pasa, necesariamente, por la occidentalización del imaginario»⁶⁵.

Impossível seria analisar todos os contributos sobre o assunto, o objetivo foi, na verdade, de expor a necessidade que se afluou em estudar as antigas colônias europeias com enfoque para a crescente permissividade do conhecimento em garantir o protagonismo das narrativas para os chamados subalternos e inaugurando um novo saber.

Resumem Bragato e Castilho que: “Enquanto duas inovações epistemológicas no que tange à forma de pensar o mundo e o papel dos movimentos políticos de resistência à ordem hegemônica e aos sistemas de pensamento monolíticos, é possível perceber que a perspectiva descolonial aprofunda ideias delineadas pelo pós-colonialismo, em alguns elementos centrais. O primeiro, consiste na inserção, enquanto perspectiva norteadora, das contribuições do pensamento latino-americano, para se caracterizar o avanço da modernidade capitalista e a conformação do sistema mundo moderno. Como se verificou, não se trata de estabelecer o grau de importância dos processos de dominação europeia, seja na América Latina, na Ásia ou na África. Ou ainda de investigar quais os processos históricos efetivamente lograram, ou não, a descolonização territorial, política e cultural de seus povos. Trata-se de entender a colonialidade como um fenômeno que, apesar das peculiaridades do colonialismo, não pode ser interpretado ou compreendido fora de uma análise ampla, acerca das etapas de formação dos centros e das periferias em escala global. O segundo pode ser analisado a partir da riqueza dos elementos teóricos e práticos do pensamento latino-americano, no que tange aos processos de resistência ao colonialismo – no âmbito de uma investigação de experiências históricas silenciadas ou ofuscadas pela

⁶⁵ QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade, poder, globalização e democracia**. Revista Novos Rumos, ano 17, n. 37, p. 4-28, 2002. Disponível em: <http://www.4shared.com/office/OPmj2S0l/anbal_quijano_-_colonialidade_.html>. Acesso em: 13 mai 2016.

tradição europeia/norte-americana – e de resistência à ordem hegemônica global e às novas incursões colonizatórias no continente, como as políticas neoliberais e desenvolvimentistas dos anos 90. Nessas experiências transformadoras da história latino-americana, é possível identificar aportes teóricos que vão ao encontro e aprofundam conceitos visualizados a partir da perspectiva pós-colonial⁶⁶.

1.2 Um breve cotejo da história do constitucionalismo e do direito latino americano

Este tópico não poderia começar de forma distinta, senão pela análise da conjuntura do nascimento do constitucionalismo, notadamente, dos movimentos constitucionais na América Latina. Nos termos dos escritos de J.J. Gomes Canotilho é imperiosa a reflexão sobre os ciclos longos e dos momentos 'fractais' do pensamento constitucional⁶⁷. Aliás, não se poderia conceber a ideia de um constitucionalismo, mas sim, de vários; mais acertado, seria, ainda, partir da concepção de que existem vários movimentos constitucionais, cujos berços podem ser nações específicas, mas que, em determinados momentos, aproximam-se entre si e acabam por fornecer uma complexa rede histórico-cultural.

Outras duas acepções são possíveis: a do constitucionalismo antigo e a do constitucionalismo moderno⁶⁸. A primeira refere-se às práticas, conjuntos e princípios escritos ou consuetudinários fundados na ideia de direitos respeitantes a sociedade estamental feudal, sob autoridade mínima do monarca, fase essa, caracterizada durante quase toda a Idade Média. Esta mesma nomenclatura poderia, também, (em uma

⁶⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano**. In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo, p. 21 e 22

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

⁶⁸ “Numa outra acepção – histórico-descritiva- fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meado do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores de seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num *tempo longo* – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII”. *ibidem.*, p. 52.

perspectiva ampla) abarcar toda a forma de organização político-jurídica, que precedeu o constitucionalismo grego romano⁶⁹ e constitucionalismo moderno.

A primeira refere-se às práticas, conjuntos e princípios escritos ou consuetudinários fundados na ideia de direitos respeitantes a sociedade estamental feudal, sob autoridade mínima do monarca, fase essa, caracterizada durante quase toda a Idade Média. Esta mesma nomenclatura poderia, também, em uma perspectiva ampla, abarcar toda a forma de organização político-jurídica, que precedeu o constitucionalismo grego-romano⁷⁰ e constitucionalismo moderno.

Da época antiga, conta-se que Aristóteles foi o responsável por agrupar 158 constituições e que foi ele próprio quem escreveu a de Atenas⁷¹. No entanto, as constituições deste tempo referendavam a ideia de que os povos já estavam devidamente formados e constituídos e acabavam apenas por ratificar aquela forma de organização pré existente⁷².

Em sentido diverso, a segunda acepção designa o momento histórico, a partir do século XVIII, de contestação do domínio político da época com ganas de estabelecer uma nova organização e uma nova fundamentação para o poder. As chamadas constituições modernas passam a apresentar uma característica constitutiva e oferecem elementos para organizar política e juridicamente a vida dos povos⁷³.

Em que pesem essas palavras iniciais apenas refletirem uma visão holística do percurso histórico do constitucionalismo, não seria concebível fugir desta árdua tarefa. Uma análise histórica sempre corre o risco de transfigurar-se em uma narrativa de datas e

⁶⁹CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52.

⁷⁰ É importante destacar que para Luis Roberto Barroso, o período do constitucionalismo antigo se restringiria ao período até o fim do Império Romano, ou seja no período feudal o constitucionalismo não existiria e somente no final da Idade Média com o advento dos Estados nacionais é que se configura um constitucionalismo. “[...] A partir dali, o constitucionalismo desapareceria do mundo ocidental por bem mais de mil anos, até o final da Idade Média”. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 8.

⁷¹ TIERNO, Patricio. **Aristóteles: a teoria política da constituição e a deliberação**. 2008. 305 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, pp. 14 e 260. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../TESE_PATRICIO_TIERNO.pdf>. Acesso em: 5 set. 2015.

⁷² SANTOS, Boaventura Souza. Aula Magistral - Para que servem as constituições? Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=RYuopI6gr4g>>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

⁷³ idem.

dos respectivos fatos, o que não é o objetivo central aqui. Dada a impossibilidade de estender o assunto e aprofundá-lo, o panorama geral dessa viagem da ideia constitucional será construído de maneira a embasar aquilo que se pretende com o trabalho que é alcançar, ainda que inicialmente, a questão desse constitucionalismo na América Latina, como se discutirá a nomenclatura mais adiante.

Esclarecido isto, abre-se a explanação emprestando a disposição dos eventos jurídicos relevantes ao constitucionalismo de uma das obras do doutrinador brasileiro Luis Roberto Barroso⁷⁴. Como amplamente já se conhece, o termo constitucionalismo, na acepção atual, data de apenas duzentos anos atrás, associado ao momento histórico das revoluções francesa e americana. Porém, vale dizer que já na Antiguidade Clássica, na pólis grega, residiam suas características principais, como a questão da limitação do poder político, onde colocava-se em prática a máxima de um governo de leis, e não de homens, além disso, havia uma movimentada participação dos cidadãos nos assuntos públicos.

Remonta à Atenas, então, o berço do ideal constitucionalista e da democracia. Entretanto, já não é possível “romantizar” aquela realidade, pois, como bem nota o autor, aquela democracia mais parecia uma república aristocrática que perpetuava a exclusão de estrangeiros e de mulheres, bem como acatava a escravidão. É imperiosa, portanto, uma leitura histórica e crítica dos acontecimentos, reveladora das positivities e negatividades do processo como um todo. Referente às primeiras, Roma herdou a limitação do poder ateniense, durante a República. No entanto, quando a República tombou e estabeleceu-se o Império Romano, ruiu com ela a experiência e o próprio ideal constitucional. A partir daí, o constitucionalismo sairia de cena por cerca de mil anos, até o final da Idade Média⁷⁵.

Na sequência cronológica, após a queda do Império Romano, em 476 a.C., a Europa se viu composta por uma gama extensa de principados locais e autônomos, somente o poderio da Igreja católica representava uma força maior, a partir do século X. O período feudal, como bem se sabe, designou uma expressiva relação de poder entre donos de terra e vassallos, com pouca importância atribuída para os reis, duques e condes. Foi durante a Alta Idade Média que começaram a surgir condições suficientes para conduzir à

⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6-10.

⁷⁵ *ibidem*, p. 8.

formação dos Estados Nacionais, quais sejam a reação à anarquia da pluralidade de poderes e a revitalização do comércio⁷⁶.

O Estado moderno surge no início do século XVI sob o modelo absolutista e com monarcas investidos pelo direito divino⁷⁷. O constitucionalismo moderno legitimou a existência de uma constituição também moderna cujas características seriam o fato da organização jurídico e política estar calcada em um documento escrito; elencar um rol de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; e, defender um poder político que fosse limitado e moderado. Contudo, a depender da cultura jurídica em pauta, esses conceitos podem ser relativizados.

Canotilho discorre que ao olhar de um inglês, a primeira característica não faria sentido algum, pois o que importa em sua constituição é a "sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos ingleses"⁷⁸. Ao passo, que para um norte americano nada soaria estranho em uma carta reguladora de direitos e que fundamentasse um governo de freios e contrapesos, mas sem sugerir "uma cultura projectante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade"⁷⁹.

Finalmente, termina o exemplo, ao lecionar que diante de um revolucionário ou de um português vintista uma constituição deveria cumprir um papel dúplice, ou seja, de representar a ruptura com os privilégios de outrora e de construir toda uma nova estrutura de organização racional. Com base nisso, salienta a importância da constante observação de um conceito histórico de constituição, em outros dizeres, será a compreensão do conjunto de regras, escritas ou consuetudinárias e de estruturas institucionais

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

⁷⁷ Jean Bodin e Hobbes foram na Inglaterra absolutista, os teóricos que defendiam a soberania absoluta dos monarcas, tem como ideia central, que a violência dos tempos primitivos, só havia sido abandonada após a celebração de um "contrato" entre os primeiros homens, que tentando resguardarem seus bens, teriam designado o poder para um soberano, assim o poder dos reis resultava de uma transferência do poder dos indivíduos, "[...] que lhes deveria proteger a existência e o desfrute da propriedade e a quem entregariam os seus amplos direitos, de que dispunham no estado de natureza." Cf. Gilmar Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. 2012, p. 97. Nesse sentido: "O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino". Cf. Luis Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Saraiva editora, São Paulo 2009, p. 9.

⁷⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52.

⁷⁹ *ibidem*, p. 53.

conformadoras de uma dada ordem jurídico-política em um determinado sistema político-social⁸⁰.

A fim de desbravar essas concepções constitucionais, Canotilho, ainda propõe uma metodologia de estudo baseada em modelos de compreensão distintos. O primeiro é o modelo historicista⁸¹ o qual está atrelado ao constitucionalismo inglês e suas características inerentes, em apertada síntese, cabe enaltecer a garantia dos direitos adquiridos de "*liberty and property*"; criação do processo justo e regulado por lei; as leis como fruto da interpretação do juiz e não do legislador, o que serve de substrato para o direito comum de todos os ingleses (*common law*); e a soberania parlamentar em que o poder supremo deverá ser exercido pela lei do parlamento.

Este modelo, no entanto, não é suficiente para percorrer o deslinde histórico do constitucionalismo revolucionário, notadamente, o francês⁸². Para este estudo o modelo individualista será o aplicável para responder as rupturas de paradigma em um certo momento histórico de construção do novo. Enquanto o modelo britânico ainda estava imerso nas amarras dos esquemas medievais, a proposta da Revolução Francesa era a de inaugurar direitos naturais dos indivíduos e romper de vez com as influências daquela sociedade de estamentos de outrora. Logo, os homens passariam a nascer iguais, e não, naturalmente desiguais e se organizariam em uma ordem política erigida sob a forma de um contrato social.

Por derradeiro, alude à técnica americana da liberdade que refletiu um processo de positivação de garantia e manutenção de direitos em sede superior do que aquele soberano parlamentar, a soberania proposta era aquela em nome do povo, capaz de fundar uma ordem política regida pelo princípio de limitação do governo. O pacto não seria realizado entre governantes e governados, seria, na verdade, um acordo entre os governados para estabelecer um governo vinculado à lei fundamental. Foi, também, com a constituição

⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 53.

⁸¹ *ibidem*, p. 55-56.

⁸² *ibidem*, p. 57.

americana que o poder judiciário ficou incumbido da tarefa de "medir as leis segundo a medida da constituição"⁸³.

Afirmada a importância de uma abordagem histórica do direito constitucional, o enfoque retoma a história, deste no âmbito da América Latina e o clamor hodierno de um estado constitucional mais afastado da visão eurocêntrica habitual, mas sem nunca negá-la. Com uma doutrina muito mais escassa sobre o assunto, a princípio, a esquematização teórica recairá nas contribuições feitas pelo doutrinador brasileiro Antonio Carlos Wolkmer, no que tange às características do Direito importado das metrópoles para as Américas.

Ele inicia o capítulo denominado "O Esboço da Tradição Jurídica na América Lusó-Hispânica" demonstrando que a transposição da produção jurídica para as colônias, no século XVI, é fundamentada nas fontes romano-germânicas, baseada na reprodução de uma cultura corporativista, patrimonialista e repressiva, a qual no processo de independência, no século XIX, gerou as condições necessárias para a instalação de uma elite local, que, por sua vez, "incorporou e difundiu os princípios de uma tradição jurídica, marcada pelo idealismo abstrato jusnaturalista, pelo formalismo dogmático-positivista e pela retórica liberal-individualista"⁸⁴.

Reforça o marco teórico do colonialismo, ao afirmar que, no pensamento jurídico latino americano inexistia uma filosofia autêntica e emancipadora, pois suas estruturas recaem sobre um passado econômico colonial-extrativista de onde emergiu uma organização sistêmica elitista, individualista e excludente⁸⁵.

A cultura jurídica que se manifestava nas colônias foi fruto de alguns teólogos-juristas que influenciaram as chamadas *Leyes de Índias*, as quais tomavam por base a diversidade geográfica e de grupos sociais com vistas de harmonizar os interesses

⁸³CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 60.

⁸⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese das ideias jurídicas**: da Antiguidade Clássica à Modernidade. 2ªed. rev. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 77.

⁸⁵ *ibidem*, p. 78.

econômicos e políticos da coroa, a política de lucro e riqueza dos conquistadores e a catequização e bom trato dos índios⁸⁶.

As leis aplicadas nas colônias eram vítimas de frequentes alterações, conforme o contexto. Nos séculos XVI e XVII suas fontes foram precipuamente o Direito Espanhol; posteriormente, vieram as chamadas capitulações que eram os acordos entre participantes ou entre os chefes das expedições e as instruções que definiam as diretrizes administrativas de ordem civil e militar, delegando poderes aos conquistadores e aos governantes.

Em 1680, formou-se a Recopilação de Leis dos Reinos de Índias, composta por nove livros e 6.377 leis que dispunha sobre as matérias de direito privado, controle da personalidade e da condição jurídica dos índios. Diante do genocídio das populações nativas, as metrópoles foram pressionadas a produzir diplomas destinados a protegê-los, como por intermédio das Leis de Burgos, de 1512 e das Leis Novas, de 1542.

Estas representaram a vitória do chamado humanismo cristão⁸⁷ e refletiram uma última tentativa da Coroa espanhola em tentar frear as ações destruidoras e imorais dos colonizadores, proteger os indígenas e desautorizar as conquistas privadas. Obviamente, foram medidas polêmicas e que não alcançaram seu intento, tampouco foram suficientes para conter a violência e a escravidão dos nativos.

A proliferação de um movimento de repúdio a forma que se deu a invasão do território americano foi uma resposta a um documento jurídico, de 1514, conhecido por Requerimento, que oficializava a posição dos reis católicos ao legitimar que a intervenção espanhola nas 'Índias' poderia se dar por meio de uma guerra, caso os indígenas resistissem⁸⁸.

Espanha e Portugal, então, foram responsáveis por edificar os grandes impérios europeus no além-mar e acabaram por transmitir um modelo de organização e de instituição que perdurariam até o século XIX, com os processos de independência. Esta ocupação fez com que estes dois países pouco participassem dos movimentos

⁸⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese das ideias jurídicas**: da Antiguidade Clássica à Modernidade. 2ªed. rev. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p 80.

⁸⁷ Segue a transcrição literal: “Ora, enquanto o humanismo jurídico favoreceu a superação de interpretações consideradas demasiadamente pragmáticas e a valorização da pesquisa crítica histórica, o humanismo cristão irá influenciar e despertar aspirações políticas diversas ao longo do processo de colonização das índias e do cenário cultural, sob a égide do império espanhol de Carlos V”. *ibidem*, p. 84.

⁸⁸ *ibidem*, p. 85.

revolucionários que ocorriam em seu continente, constitutivos da modernidade o que justifica a herança "biclassista, autoritária, tradicional, elitista, patrimonial, católica, estratificada, hierárquica e corporativa"⁸⁹.

Em termos teóricos, logrou êxito uma cultura anti-humanista marcada por invasões e massacres. Os movimentos de independência não conseguiram representar uma ruptura completa com as metrópoles, não obtiveram mudanças na ordem social e política. Os preceitos do capitalismo, do liberalismo individualista e da filosofia positiva, foram abraçados para manter as mesmas estruturas. Por isso, as formas constitucionais nasceram já conservadoras, pois eram representativas e democráticas no papel, mas, na realidade, eram não democráticas, elitistas e autoritárias⁹⁰.

Os textos legais acabaram por sempre basear-se na cultura europeia ou anglo-americana e eram confeccionados pelas elites, sem atender aos anseios de toda a sociedade. A tradição jurídica restou conectada ao modelo de democracia excludente, pela representação clientelista, pela participação elitista e por um pluralismo limitado. Outra característica traiçoeira foi a falsa neutralidade científica que orientou as constituições e legislações como um todo⁹¹.

Os reflexos estão vivos e presentes até os dias de hoje, Wolkmer ilustra a situação ao explicitar a tendência do direito do trabalho ter características paternalista e assistencialista, ao passo que o direito penal é repressivo e discriminador. Conclui, ao constatar que a herança colonial da América Latina moldou um humanismo jurídico erudito, abstrato e racionalista que se afastava dos moldes de uma filosofia jurídica humanista concreta, emancipadora e inclusiva⁹².

O autor argentino, Roberto Gargarella, possui uma obra valiosíssima acerca da história do direito constitucional na América Latina, a qual, igualmente, carece de algumas considerações gerais. Em sua digressão histórica, começa a evidenciar que desde o

⁸⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese das ideias jurídicas**: da Antiguidade Clássica à Modernidade. 2ªed. rev. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 92

⁹⁰ ibidem, p. 94. Nesse sentido, Boaventura aduz que há “[...] certa discrepância entre a lei escrita e a sua aplicação, entre a *law in books* e a *law in action*, é uma característica do Estado moderno, abundantemente demonstrada pela sociologia do direito”. Boaventura S. Santos. **O Estado, as relações salariais e o bem-estar social na semi-periferia: o caso português**. In: Portugal um retrato singular. Porto: Afrontamento, 1993, p.31.

⁹¹ ibidem. p. 96

⁹² ibidem. p. 97

aparecimento da constituição de 1811, da Venezuela, até, aproximadamente o final do século XIX, cento e três constituições foram promulgadas em dezesseis países. Um número alarmante para um curto período e para o caráter de importância que tem uma constituição, as quais são elaboradas para serem estáveis⁹³.

Na primeira abordagem, o autor traz à tona os acordos liberais-conservadores nos diferentes projetos constitucionais realizados na metade do século XIX. Este primeiro momento de "fundação" do constitucionalismo latino americano muito debruçou-se nas discussões acerca do passado colonial e suas influências no presente, aliás, como é a matéria desta dissertação, o autor afirma que isso se prolonga até a contemporaneidade⁹⁴.

O próximo momento em que subdivide a história do constitucionalismo é o que nasce com uma nova ordem internacional, pós 1880, em que a Inglaterra passa a exercer influência em toda a região ao importar os bens de primários e a exportar os industrializados, redefinindo o antigo pacto colonial⁹⁵. Outro marco crucial foi o aparecimento e a consolidação dos regimes de "ordem e progresso", baseados na vontade de prosperar economicamente e controlar os conflitos sociais.

Um dos adventos da Revolução Industrial foi a classe operária, a qual também influenciou fortemente o constitucionalismo a partir das lutas pela incorporação dos direitos sociais na lista de matérias da Carta Maior. As consequências da crise de 1929 afetaram as economias da região e fizeram com que o Estado se afastasse da antiga postura de neutralidade para passar a intervir na economia, com isso criaram-se os Bancos Centrais, as agências reguladoras, as medidas para fixação de preços, entre outras⁹⁶.

Além disso, as duas grandes guerras afetaram toda a estrutura de funcionamento da economia e na perspectiva social. A política de "ordem e progresso" já não refletia a realidade. A Constituição do México, de 1917, despontou como uma boa solução, pois

⁹³ GARGARELLA, Roberto. **Latin american constitucionalism, 1810-2010**: the engine room of the constitution. Estados Unidos: Oxford University Press, 2013, p. 1.

⁹⁴ *ibidem*, p. 83.

⁹⁵ *ibidem*, p. 84.

⁹⁶ *ibidem*, p. 105.

ofereceu uma versão original ao conjugar as demandas sociais com o antigo acordo liberal-conservador⁹⁷.

O século XX apresenta, à sua maneira, constituições socialmente comprometidas. Estas respostas constitucionais foram levadas a efeito por alternativas diversas. Gargarella elenca a primeira como a alternativa autoritária, que significou a forma mais drástica de se retomar o modelo de "ordem e progresso"; a segunda seria a alternativa reformista que datou das primeiras décadas do século e combinava os direitos sociais com um presidencialismo moderado.

Mais três são as alternativas: a populista, famosa pelas figuras de Getúlio Vargas, no Brasil e Juan Perón, na Argentina, que pretendiam garantir o desenvolvimento econômico e manter a paz social por meio de acordos entre Estado e cidadãos; a democrático-excludente, levada a cabo na Venezuela e na Colômbia, em que a elite resolve se juntar e distribuir o poder entre si e garante a paz por meio da violência institucional, excluindo militantes de esquerda e forças revolucionárias; e, a alternativa socialista, como ocorreu no Chile, Cuba e Nicarágua⁹⁸.

A entrada dos trabalhadores na vida política e dos direitos sociais nas constituições foi um divisor de águas para a história do direito nesta seara, contudo, vale frisar que essas demandas ficaram adstritas ao campo dos direitos, sem ocasionar mudanças reais na organização do poder⁹⁹.

Dois momentos foram decisivos para a região e, por consequência, para os textos da lei fundamental, no final do século XX, primeiramente a crise política causada pelos diversos governos autoritários e pelos abusos aos direitos humanos cometidos, segundo, a crise econômica e as políticas de recuperação e ajuste estrutural nos anos 1990. As características das profundas reformas desta época foram o fato delas tentarem manter e fortalecer a figura do presidente e garantirem uma lista de direitos políticos, sociais e culturais com a intenção de conter os abusos na estrutura de poder.

⁹⁷ GARGARELLA, Roberto. **Latin american constitucionalism, 1810-2010**: the engine room of the constitution. Estados Unidos: Oxford University Press, 2013, p. 106.

⁹⁸ *ibidem*, p 107-127.

⁹⁹ *ibidem*, p 147.

Ruben Martínez Dalmau, constitucionalista espanhol, também se dedicou a traçar um deslinde histórico acerca das características do constitucionalismo de imensa importância para o estudo em tela. Conforme seus ditames, as elites latinas americanas eram compostas pelos próprios europeus e, mais adiante, por seus descendentes nascidos em território americano, chamados de crioulos, na porção do continente colonizada pelos espanhóis. E, por mais que muitas tenham sido as manifestações populares em prol da independência, as ideias que a circundavam refletiam, em grande medida, uma "simbiose entre o tradicional e o revolucionário"¹⁰⁰.

Enquanto na América Latina não havia o compromisso revolucionário de construir um Estado procedente da vontade de um poder constituinte, o que predominou foi a intenção de manter os interesses econômicos e políticos das elites já instituídas. O modelo de colonização norte americana, por sua vez, permitiu um processo de independência completamente distinto e germinou ideias inovadoras por diversas razões.

Dentre essas razões, Antonio Blavia Esquirol elenca o fato dos colonos acreditarem mais na doutrina do contrato social e na base contratual das instituições políticas, frutos de convênios que criavam direitos e deveres a todas as partes envolvidas do que os europeus; confiarem em documentos escritos para serem fontes definitivas da lei obrigando governantes e governados; pugnarem que as instituições políticas podem e devem ser revisadas constantemente; a influência das ideias calvinistas embasadas no princípio da liberdade absoluta e da consciência individual; e à submissão absoluta ao Direito inglês, mas na ideia de esta submissão era voluntária e condicionada à existência de elementos justificativos¹⁰¹.

A diferença entre o constitucionalismo europeu e o norte americano foi o marco político e jurídico em que cada sociedade se encontrava. Para o caso francês, importava a inauguração de um Estado com poder limitado para o monarca, já para o segundo, dada sua íntima relação com o movimento de independência, as constituições acabavam por criar

¹⁰⁰DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución:** entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remedio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 829

¹⁰¹ESQUIROL, Antonio Blavia. **Evolución del pensamiento político.** Caracas: Equinoccio, 1992, p. 89-90.

um novo Estado. Em suma, o constitucionalismo europeu converte o Estado em Estado constitucional, o estadunidense cria um Estado que desde o princípio é constitucional¹⁰².

As constituições *'fundacionales'* latino americanas, como assim denomina Dalmau, se perfilhavam ao modelo republicano e deixavam claro que a soberania residia no povo¹⁰³, o que demonstra uma tentativa das elites em conciliar a criação do Estado constitucional, com aprovação da maioria e fingindo uma possível renúncia aos privilégios, mas que, na realidade, não indicavam mudança alguma nas estruturas de poder¹⁰⁴.

Este primeiro momento, então, consagra uma característica inerente ao constitucionalismo latino americano, o fato dele ser um constitucionalismo de adaptação¹⁰⁵, nasceu como uma cópia ou, na melhor das hipóteses, como uma adaptação do que já existia na Europa e nos Estados Unidos. Deste extraíram-se o republicanismo, a declaração dos direitos, o presidencialismo e o federalismo, exemplificativamente. Daquele, conjugando o constitucionalismo francês com o espanhol, notadamente no que se refere às Cortes de Cadíz, de 1810-1812, irrompe, por exemplo, a intolerância religiosa e a necessidade de administrar a limitação do poder absoluto do rei¹⁰⁶.

Para Gargarella, as constituições assumiram características radicais próprias como: um sistema de governo republicano e federal; separação dos poderes que circundava o Congresso Nacional; fomento de exércitos fortes; espaço para intervenção política na cidadania etc¹⁰⁷. Dogmaticamente, construiu-se uma estrutura de Direito à serviço do poder majoritário como uma diminuição das exigências para aceder à cidadania, promovendo uma extensão dos direitos políticos; condicionou direitos como a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa às necessidades que avaliavam como próprias da sociedade da época, ou seja, suprimindo direitos em detrimento de outros.

¹⁰² DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución:** entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 829

¹⁰³ Desde a Constituição de 1811, da Venezuela, defendia-se a soberania direta e popular, porém, assim como à sociedade civil, à soberania aplicava-se uma interpretação restrita a depender da qualidade da província ligada ao pacto federal, o que, na prática, revelava uma soberania reservada aos povos das províncias ou por intermédio de seus representantes. *ibidem*, p. 838.

¹⁰⁴ *ibidem*, p. 832-833.

¹⁰⁵ *ibidem*, p. 836.

¹⁰⁶ DALMAU, Ruben Martínez. *op. cit.* p. 833-836.

¹⁰⁷ GARGARELLA, Roberto apud DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución:** entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 839.

Todas as constituições '*fundacionales*' latino americanas surgiram pela manifestação da vontade popular expressada pelo Congresso, convenções ou assembleias constituintes. Entretanto, tiveram como motor as elites crioulas dotadas de plena consciência que o modelo colonial, nos moldes em que se apresentava, representava um obstáculo para o pleno exercício do seu poder político e consequentes ganhos econômicos. O que pretendiam, sobremaneira, naquele momento era a consolidação da independência através de uma estrutura jurídica contundente e sem possibilidade de regressar à antiga ordem colonial¹⁰⁸.

O colonialismo liberal revolucionário europeu pouco durou porque, rapidamente, se acomodou aos novos postulados da burguesia conservadora, sendo que o que se observou foi uma permutação de monarquia absoluta em monarquia constitucional. Com isso, por muito tempo foi ilusória a ideia de igualdade dos cidadãos perante a lei e o que se consagrou, na prática, foi uma soberania monárquica e não a nacional. Em alguns casos, pode-se dizer que havia uma soberania partilhada entre rei e nação¹⁰⁹. As constituições, portanto, abandonavam sua potencialidade revolucionária e seu ímpeto democrático.

Em sede de América Latina, o mesmo retrocesso foi diagnosticado. Superada a fase do constitucionalismo '*fundacional*' eclodiu o denominado constitucionalismo crioulo em que os tímidos avanços positivados nas primeiras Cartas Magnas foram suprimidos pelas elites locais.

É interessante notar que no contexto europeu, reis e nobres digladiavam-se com a burguesia pela manutenção do poder e com isso acabavam por contrabalancear a acumulação deste, ao passo que, na América Latina, devido ao modelo de colonização implantado, forjou-se um estado oligárquico liberal, o qual, uma vez separado dos controles da metrópole, permitiu que as elites centralizassem fortemente o poder¹¹⁰.

Na sequência da cronologia, então, o constitucionalismo '*fundacional*' passou a ser um constitucionalismo liberal conservador que garantiu a existência de repúblicas

¹⁰⁸ DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución:** entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 830.

¹⁰⁹ *ibidem*, p. 841.

¹¹⁰ DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución:** entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 841-842.

crioulas em detrimento de repúblicas populares (tudo fruto da falência do constitucionalismo liberal revolucionário)¹¹¹.

Claramente, a missão de se estabelecer um poder novo e uma forma de estrutura social diferenciada não é nada fácil e, dessa maneira, não se pode atribuir "culpa", somente, aos textos constitucionais para essa dificuldade. Os autores De La Torre e García Laguardia¹¹² explicam que muitos fatores foram conjugados dentre eles a falta de uma estrutura econômica capaz de integrar todos os grupos sociais e, simultaneamente, capaz de integrar a região aos ditames mundiais.

Tentativas democráticas foram subjulgadas aos feitos populistas e autoritários. Os debates constitucionais após a segunda metade do século XIX geraram, na Europa, mudanças conducentes ao constitucionalismo do Estado Social, o qual "representa historicamente a tentativa de adaptar o Estado tradicional (liberal-burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós industrial com seus novos e complexos problemas¹¹³". Mais adiante, foi o Estado Social que buscou resolver os dilemas trazidos pela disputa comunista e fascista, já no século XX.

Nas antigas colônias, mais uma vez, os resultados esperados de um constitucionalismo social, última fase do constitucionalismo crioulo, foram mais singelos, sem conseguir avançar na promoção da igualdade, do bem estar, do desenvolvimento e da própria democracia¹¹⁴, a exceção da Constituição revolucionária do México, de 1917.

Os objetivos daquele momento histórico eram garantir uma ampliação do cardápio dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia. Dalmau aduz que, nesta época, foram levadas a cabo melhorias na técnica formal, por meio da redação dos diplomas maiores através da figura forte do presidente, mas, concomitantemente, pairava no ar um

¹¹¹ *ibidem*, p. 842.

¹¹² De La Torre e García Laguardia apud DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución**: entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 842

¹¹³ FERRIZ, Remedio Sánchez apud DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución**: entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 844.

¹¹⁴ DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución**: entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 846.

clima de instabilidade constitucional, pois mantinha-se o poder de reforma na mão do poder constituído. Desta feita, perduravam os vícios do constitucionalismo conservador, essencialmente, naquilo que concerne à falta de legitimidade constituinte das alterações e à inaplicabilidade material da constituição¹¹⁵.

As alterações realizadas no período liberal foram, em sua maioria, para justificar reeleições e ampliações dos mandatos¹¹⁶. Nos anos 40, as alterações foram feitas com o fito de legitimar novos grupos de poder ou de facilitar transações econômicas em benefício de grupos econômicos dominantes. Os anos 80, a seu turno, foram marcados pelos períodos ditatoriais, e representaram um apego às reformas que desconsideravam a democracia e os meios de aprovação popular.

Foi neste ponto que restaram deslegitimadas as constituições, com uma consequente instabilidade cujos efeitos foram a falta de credibilidade das instituições e o retrocesso democrático. Constituição e realidade acabaram por distanciarem-se ainda mais. Com ganas de apaziguar esse conflito jurídico, social e político emergem as novas propostas de constitucionalismo na região, o novo constitucionalismo.

Uma abordagem das constituições mais contemporâneas provém do trabalho de Ortiz-Alvarez e Lejarza¹¹⁷ que as classifica sob a ótica cronológica em quatro períodos distintos: primeiramente, referencia a Constituição Política dos Estados Mexicanos, de 1917 e a Constituição Política da Costa Rica, de 1949; depois, abarcando as décadas de 60 e 70, seriam a Constituição da República da Venezuela, 1961, a Constituição da República Dominicana, 1966, a Constituição da República Oriental do Uruguai, 1966, a Constituição Política da Bolívia, 1967, a Constituição Política da República do Panamá, 1972 e a Constituição da República de Cuba.

O terceiro período data da década de 80 e o grupo das constituições são compostos pela Constituição do Chile, de 1980, Constituição da República de Honduras, 1982, Constituição da República de El Salvador, 1983, Constituição Política da Guatemala, 1985, Constituição Política da República da Nicarágua e pela Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

¹¹⁵ *ibidem*, p. 845.

¹¹⁶ *ibidem*, p. 846.

¹¹⁷ ORTIZ-ALVAREZ, Luis A.; LEJARZA, Jaqueline. **Constituciones latinoamericanas**. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1997, pp. 13 e 14.

A década de 90, portanto, é o que os autores aludem como o quarto período, tido como um constitucionalismo avançado, designado por constituições mais progressistas, tais como, a Constituição Política da Colômbia, 1991, a Constituição da República do Paraguai, 1992, Constituição Política do Peru, 1993 e a Constituição Política da República do Equador, de 1993 e com reformas em 1996.

O relevante estudo, no entanto, é do final da década de 90, quando já se percebiam as características iminentes de um novo constitucionalismo na região e de novas práticas democráticas. Nesse sentido, Milena Petters Melo reforça a necessidade de manter a atenção no "contínuo movimento de atualização ou aperfeiçoamento destas jovens democracias constitucionais e a instabilidade político institucional que tem caracterizado os processos de abertura democrática"¹¹⁸.

Sintetiza, ainda, que esse movimento consagra a força normativa da Constituição com sua aplicação direta e imediata, capaz de delinear as orientações de um Estado democrático de direito pautado pela tutela dos direitos humanos e fundamentais, bem como comprometido com a "promoção da justiça social, do desenvolvimento e do pluralismo democrático"¹¹⁹.

Nessa tentativa de aclarar, de forma breve, o histórico do constitucionalismo no âmbito ocidental (europeu e americano), este tópico foi desenvolvido na intenção de introduzir o entendimento da situação do constitucionalismo atual da América Latina, ao narrar uma história constitucional que tenha como enfoque a própria América Latina - na esteira do pós colonialismo e das teorias descoloniais, é necessário revisitar a história para que ela seja contada de com outros olhares, o olhar do subalterno, de forma a promover um leitura conjuntural contemporânea mais acertada.

¹¹⁸ MELO, Milena Petters. **As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo?** In: Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas. pp. 70 e 71.

¹¹⁹ *ibidem*. p. 71

2 A CONFIGURAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO: CARACTERÍSTICAS GERAIS

2.1 Algumas reflexões sobre positivismo, naturalismo, proposta pós-positivista e o pluralismo jurídico

O positivismo jurídico foi a doutrina seguida pelo Direito, a partir do século XIX e que entrou em crise quando da Segunda Grande Guerra. Entretanto, até os dias de hoje constitui objeto de profundas análises por parte dos doutrinadores. Neste capítulo o objetivo será de pesquisar alguns dos elementos que alimentam esse debate visando definir as bases das novas propostas constitucionais estudadas.

É importante, inicialmente, traçar os principais contornos do positivismo. Segundo Norberto Bobbio¹²⁰, são sete as características desta teoria, sendo que seus adeptos podem tender mais ou menos para cada uma delas. Além disso, pondera o autor que não necessariamente, tais características nasceram do positivismo, algumas foram apenas apropriadas pelo modelo.

Em suma, são elas: a) o Direito será uma fato e não um valor, por isso, o jurista deve abster-se de formular juízos de valores. Essa primeira característica se desdobra na teoria da validade do Direito cujo fundamento é a estrutura formal do ordenamento (formalismo jurídico). As outras características são b) a teoria da coatividade, ou seja, razão de ser do Direito reside em seu poder coativo¹²¹; c) teoria da legislação como fonte preeminente do Direito; d) teoria da norma jurídica em que esta é um comando que formula a teoria imperativista do Direito; e) teoria do ordenamento jurídico que perpassa a teoria da coerência – impossibilidade de antinomia – e da completude do ordenamento jurídico – inexistência de lacunas; f) teoria da interpretação mecanicista como método da ciência jurídica ou problema da interpretação; g) teoria da obediência baseada na teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal (positivismo ético¹²²).

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 131-133.

¹²¹ A teoria foi elucubrada pela primeira vez por um jusnaturalista. Ibidem, p. 132.

¹²² Com base na teoria da obediência absoluta da lei enquanto tal, que segue a máxima de que “lei é lei”, o chamado positivismo ético poderia oferecer melhores soluções do que o positivismo jurídico, segundo Norberto Bobbio, uma vez que seguir ou não o que está positivado numa lei, implicará em afirmações de ordem não científica, mas sim, de ordem moral e ética. ibidem. p. 133.

Luis Roberto Barroso preconiza que o positivismo jurídico foi a aplicação do positivismo filosófico no Direito. Desta forma, os métodos válidos nas ciências naturais deviam ser estendidos às ciências sociais¹²³. Em contrapartida, Norberto Bobbio, introduz seu tradicional livro sobre o assunto afirmando não ser o positivismo jurídico derivado do positivismo filosófico, ainda que, no passado, alguns autores comungassem de ambas as teorias¹²⁴. O positivismo jurídico deriva da locução direito positivo, que por sua vez, se contrapunha ao direito natural¹²⁵.

Haja vista a existência de várias correntes ditas positivistas, Herbert Lionel Hart¹²⁶ foi mais um autor que se enveredou na tentativa de traçar delimitações capazes de classificar um pensamento como positivista, ou não. As definições formuladas foram: a) o direito é um conjunto de mandamentos humanos; b) o direito (positivo) não está necessariamente ligado à moral; c) o estudo do direito prescinde de análises sobre sua origem, papel e avaliação moral; d) o direito é um sistema fechado e lógico que oferece resposta para todos os casos concretos, ao se valer de deduções lógicas com base em normas jurídicas válidas e aplicadas sem considerar a política, a ética ou a cultura; e) os juízos morais não podem ser fundamentados objetivamente e por essa razão é impossível que o direito se vincule à moral.

O positivismo como teoria do direito possui severas críticas e anseios fervorosos por sua transposição conceitual, principalmente, por aqueles que militam em prol de um direito crítico e o visualizam como uma ferramenta de transformação social. Para estes, a corrente positivista limita a atuação dos operadores do Direito em detrimento dos oprimidos.

Todavia, há que se destacar os argumentos que defendem o positivismo. Estes se sustentam, essencialmente, pela impossibilidade de se extrair uma única tese que o defina. Com base nisso, seus defensores se esquivam das críticas sem permitir que as

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15.

¹²⁵ Em que pese essa colocação de Norberto Bobbio ao introduzir seu livro, mais adiante, ao caracterizar o positivismo jurídico, é dele a seguinte frase, ao explicar a convicção de que Direito é fato e não valor: “o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor”. Ibidem, p. 131.

¹²⁶ HART, Hebert Lionel Adolphus. apud DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico –político**. v.2. São Paulo: Método, 2006. p. 73.

diversas apreciações acertem em cheio o âmago da teoria. Segue o trabalho na análise das críticas elaboradas sobre o assunto.

Novamente, invocando os ensinamentos do doutrinador Luís Roberto Barroso¹²⁷ pode-se compreender que o grande dilema das proposições positivistas era fato do Direito atuar com mero papel descritivo da sociedade:

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrario de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada a relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. [...] o ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar. (grifo do autor)

Das palavras de Antônio Alberto Machado¹²⁸ pode-se concluir que a neutralidade e falta de comprometimento ideológico do jurista são outras polêmicas acerca da doutrina:

Mas, de uma forma ou de outra, percebe-se que o traço fundamental da mentalidade e concepção positivista do direito é o seu caráter de ciência neutra, com objeto próprio (norma), captado por uma metodologia também uniforme, que supõe realizar a descrição objetiva do conjunto normativo, e das hipóteses de dever-ser encartadas na lei, sem qualquer comprometimento ideológico do jurista. Tal raciocínio opera-se de forma objetiva e pura, e a relação sujeito-objeto não está mediada por nenhum critério valorativo, resultando assim naquele que é o grande mito positivista no campo da ciência jurídica: a neutralidade do processo cognitivo do direito.

Como exposto, portanto, as diversas condenações aos positivistas circundam o fato de retirar o direito da sociedade e dar-lhe uma característica de suspensão ante as ocorrências sociais. O direito não flutua sob seus tutelados, como requer uma análise de ciência meramente descritiva e neutra. Outro aspecto, é o da interpretação mecanicista, não cabe ao operador do direito atribuir valores, porém como seria o homem capaz de despir-se de todas suas convicções no momento de proferir um julgamento?

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 263

¹²⁸ MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 118

O reconhecimento da lei como fonte primordial e considerando que aqueles que as elaboram possuem seus interesses próprios, o positivismo ao optar pela validade, incrustada no formalismo jurídico, bem como no distanciamento entre direito e moral, permite que algo considerado injusto seja aplicado pelo simples fato de existir no ordenamento validamente. Conforme a literalidade do texto de Luiz Roberto Barroso sobre o tema: “Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça”¹²⁹, sob a ótica positivista.

A outra forma de compreender o Direito é pela corrente jusnaturalista. Esta corrente visava fundamentar e explicar a existência de um Direito Natural cujo conteúdo seria uma ordem de princípios eternos, absolutos e imutáveis. Numa breve análise histórica, quando ideais iluministas congregaram forças com o naturalismo foi possível se falar em tolerância religiosa e limitação do poder do Estado, o que marcou a chegada da burguesia ao poder.

As disposições trazidas pela Revolução Francesa, pela Declaração dos Direitos do Homem, bem como da Declaração de Independência dos Estados Unidos também foram inspirados por esta proposição. Entretanto, o cenário que surgiu com o Estado liberal somado aos estudos constitucionais e aos movimentos pela codificação do Direito ensejou a incorporação dos direitos naturais nos ordenamentos jurídicos positivos, o que evidenciou o apogeu e o declínio da doutrina que se discute.¹³⁰

Tendo em mira, então, que as correntes clássicas que visavam o estudo do Direito, não mais cumpriram seu papel conforme as necessidades populares, fez-se necessário o lançamento em busca de outros paradigmas epistemológicos. Nesta seara há muito por se discutir, os autores ainda não sabem qual é o momento histórico do pensamento em que se vive, muitos se filiam ao pós-modernismo, enquanto outros, por ora, não vislumbram a superação da modernidade para se falar em qualquer outra fase.

¹²⁹ BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 262

¹³⁰ Ibidem, p. 259-260

Barroso discorre sobre o nascimento do pós-positivismo, o qual data da segunda metade do século XX e se reflete como uma superação do modelo positivista, o qual aproximou quase que absolutamente Direito e norma¹³¹:

Como consequência, a partir da segunda metade do século XX, o Direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.

Pode-se dizer que a proposta deste pensamento – o pós positivismo - inspira-se na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. A legalidade estrita é superada, mas não negada, visto que o que se propõe é uma leitura moral dos textos positivados. Nesse sentido, há relevância para a interpretação baseada nos princípios, os quais se diferenciam das regras, bem como a formação de uma nova hermenêutica jurídica e ainda a formulação de uma teoria dos direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana.

Marcelo Campos Galuppo, sobre epistemologia jurídica, se refere ao pós-positivismo como forma de emancipação e o diferencia da ideias naturalistas¹³²:

[...] o Pós-Positivismo se caracteriza por entender que o direito é obra humana que pode ser posta a serviço da emancipação. Reconhecendo que o direito é obra humana, o Pós-Positivismo recusa identificar o direito e a justiça com ideais e valores, mas ao contrário os identifica com as normas jurídicas produzidas historicamente por uma sociedade, afastando-se portanto de qualquer proposta jusnaturalista.

O texto citado auxilia ao dar enfoque a três grandes características do assunto. Primeiro, enaltece a recusa de se conceber o ordenamento jurídico como um sistema, pois isso alude a compreensão de uma harmonia no processo de produção do Direito, a qual

¹³¹ BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 270

¹³² GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002. 7 folhas. (mimeograf.). p.5. Disponível em: <http://webdav.sistemas.pucminas.br:8080/webdav/sistemas/sga/20102/338466_A%20epistemologia%20jur%C3%ADica%20entre%20o%20positivismo%20e%20o%20p%C3%B3s-positivismo.pdf>. Acesso em 2 de abr de 2016.

inexiste em uma sociedade plural, e, sobretudo, a existência de um só projeto para a sociedade, administrado por uma fonte única emanadora das regras. A proposta pós-positivista é de um pensamento problemático em que os casos concretos sejam protagonistas na solução dos litígios. Inverte-se a ótica sistemática em que um conjunto de normas se destina a solucionar uma imensidão de questões fáticas.

A segunda característica apresentada versa sobre o afastamento da verdade como conceito central do conhecimento jurídico e preleciona a busca pela correção normativa na aplicação adequada de normas jurídicas a um determinado contexto. O autor cita o saber aristotélico (e tomista) entre a ordem das coisas que sempre são e a ordem das coisas que são na maioria das vezes.

Por fim, esclarece a opção de refutar um estudo teórico descritivo das ciências naturais aplicadas à hermenêutica. O pós-positivismo pressupõe que só com a atividade do legislador o sentido da norma será incompleto, devendo, por isso, o aplicador lançar mão de um juízo de adequabilidade da norma ao caso concreto¹³³.

Para fins de enriquecer a temática, imprescindível se faz trazer também as críticas ao pós-positivismo. Não será possível adentrar todos os pontos suscitados pelo autor, Dimitri Dimoulis, porém vale percorrer algumas das discussões que irão amparar a proposta de Direito que se demonstra com o novo constitucionalismo latino americano.

Segundo Dimitri Dimoulis¹³⁴, a terminologia pós-positivismo não representa nada, nem conceitual, tampouco cronologicamente. Aquela por se tratar de uma crítica genérica edificada em uma “caricatura de positivismo”, já que existem tantas correntes ditas positivistas que é impossível teorizá-las de forma absoluta, tanto é que nem o próprio autor o faz em seu livro. Logo, não há que se falar em superação de um modelo tão pouco homogêneo. E a questão da cronologia é porque antes da elaboração de hipóteses de positivismo, as que datam das últimas décadas, já se utilizava o termo “pós” na denominação.

¹³³ GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002. 7 folhas. (mimeograf.). p.5. Disponível em: <http://webdav.sistemas.pucminas.br:8080/webdav/sistemas/sga/20102/338466_A%20epistemologia%20jur%C3%ADdica%20entre%20o%20positivismo%20e%20o%20p%C3%B3s-positivismo.pdf>. Acesso em 2 de abr de 2016. p. 5-7.

¹³⁴ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico –político**. v.2.São Paulo: Método, 2006. p. 45-53.

Essas colocações, com todo o respeito que merece o autor, apresentam um erro metodológico, pois se o que se pretende é uma construção de um novo pensar jurídico, refere-se, portanto, a uma mudança dos olhares para o Direito. Questões meramente formais como nomenclatura e datas estão revestidas de conceitos da doutrina que se objetiva transpor. O pós-positivismo preconiza um câmbio de concepções e somente com este novo olhar serão alcançadas conclusões pertinentes sobre os ensinamentos em voga.

Neste ponto, é relevante acrescentar que o termo usado, se trata de uma definição provisória, como os patronos da causa deixam claro em seus textos, e como o próprio Dimitri reconhece.

O escritor desconstrói as características mais comumente atribuídas ao positivismo e, por sua vez, algumas das mais recriminadas, as que ele chamam de: aplicação mecânica da lei; legitimação incondicional do Direito; e positivismo incoerente. Segue sua argumentação ao elucidar que tais conceitos não são tão absolutos assim, há pensadores que se posicionam de forma diferente e muitos até se contradizem. Porém, em nenhum momento nega-se a existência fática de referidos conceitos.

Carece o retorno, portanto, para a alteração de que o positivismo não desfruta de uma explicação única e absoluta, contudo, isso não é motivo suficiente para o abandono de qualquer crítica. O fato de uma nomenclatura não conseguir abranger todas as acepções provenientes dela, não a isenta de ser criticada. Além do mais, frente à práxis jurídica, se esses termos são pacificamente aceitos, deve ser porque eles, realmente, se concretizam, no dia-a-dia e não porque faltou uma carga de leitura para uma parcela de renomados doutrinadores pátrios.

O terceiro e último item que se procederá a análise é a questão dos princípios. Sobre o tema, nas palavras do autor:

[...] a tentativa de principiologizar a interpretação jurídica é utilizada como justificativa para ampliar o poder discricionário do aplicador em detrimento do legislador. Milhares de páginas de erudição jurídica e filosófica sobre princípios levam sempre à mesma conclusão. Os princípios são vetores dos ideais de justiça, de equidade e de sensibilidade perante o caso concreto em contraposição às regras que são precisas e “frias”. Em razão disso, o aplicador do direito deveria possuir liberdade de atuação, independentemente do conteúdo das normas

vigentes, no intuito de realizar a justiça no caso concreto, recorrendo, conforme “ponderação” pessoal, a princípios que exprimem valores¹³⁵.

Como já mencionado, o pós-positivismo atribui um alto valor aos princípios norteadores do Direito, no sentido de que eles devem guiar o aplicador do Direito, quando da utilização da norma jurídica. O objetivo não é negar o direito positivado. Propõe-se que o viés social da lei seja enaltecido perante valores maiores e relevantes para o bem comum, como é a proposta de se efetivar a dignidade humana nas lides.

Em que pese a crítica apresentada, o que se vislumbra são apontamentos formais ou juízos de valores que revelam uma resistência em aceitar modelos que revejam o Direito e proponham uma nova ideia de segurança jurídica, balizada em questões sociais. Pois as grandes oposições às teorias críticas é que essas privam o homem da segurança jurídica proporcionada pela doutrina positivista.

Há, entretanto, que se questionar qual segurança jurídica é essa. Afinal, aqueles que não são seguem a lógica do homem, branco e proprietário, na maioria das vezes, estão às margens dessa dita segurança.

A partir daqui o estudo parte para as questões da pluralidade. Como previamente explanado no primeiro capítulo, a referência à igualdade – e de tantos outros conceitos também - é diversa para a multiplicidade de pessoas abrangidas pelo mesmo ordenamento jurídico. Ao se referir aos povos com origens tão distintas, mas que foram forjados dentro de uma nacionalidade para fins de criação de um Estado nacional, atualmente, a garantia da igualdade, amplamente defendida outrora, se desdobra na necessidade de se tutelar as diferenças. Os direitos não devem ser barganhados por pequenos grupos, como uma forma de se fazer um bem aos grupos marginalizados. O momento atual revela uma tomada de consciência dos povos perante seus direitos e poder de proclamá-los por si só e com isso colocam em xeque o monismo jurídico. As leis não, necessariamente, precisam nascer de um centro uniformizador do Direito.

Diante disso, outra ruptura de paradigma se contorna. Construída também em um embate contra os pilares positivistas como se percebe do estudo que segue.

¹³⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico –político. v.2.São Paulo: Método, 2006. p. 62.

As chamadas teorias pluralistas partem do pressuposto de que o Direito deriva não só do Estado, mas de outras formas de aglutinação de interesses, formais ou não, voltadas para as demandas sociais, econômicas e organizativas, com respeito à cultura dos povos.

Nesse sentido, foram as lutas sociais pela América Latina que trouxeram o pluralismo para a realidade dos países. Podem-se observar três grandes causas do reconhecimento desse pluralismo: a demanda dos povos originários em âmbito interno dos países, certa regulamentação sobre o assunto em âmbito internacional e as reformas institucionais dos Estados. Nas palavras de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo¹³⁶:

O reconhecimento do pluralismo jurídico foi possível em um contexto caracterizado por vários fatores: a demanda indígena de reconhecimento do próprio direito, o desenvolvimento do direito internacional sobre os direitos indígenas, a expansão do discurso do multiculturalismo e as reformas estruturais do Estado e da justiça. (Tradução nossa)

Os estudos de Alexia Broto evidenciam que foi a crueldade despendida no tratamento aos indígenas que gerou a necessidade de romper com o monismo jurídico, pois as regras emanadas daquele centro uniformizador não contemplavam uma grande parcela populacional. A alternativa foi a luta por um pluralismo jurídico, em que convivessem em paz o ordenamento positivo do Estado e o dos povos originários¹³⁷:

Analisando-se a mudança paradigmática operada na seara do monismo jurídico, por meio do reconhecimento de um Estado plural como fonte das possibilidades emancipatórias dos povos indígenas, investigou-se acerca da trajetória do reconhecimento dos direitos indígenas, passando pela fase da crueldade e indiferença postadas na colonização, atravessando a garantia de direitos coletivos e percepção de novos direitos não mais atrelados à individualidade, até chegar à proposta de um pluralismo jurídico estatal, que reconheça e conviva em pé de igualdade tanto com o ordenamento positivo do Estado como com o ordenamento jurídico dos povos indígenas.

Nesse passo, está em discussão a presença de um novo constitucionalismo latino americano em que novas formas de participação estão envolvidas, novas propostas

¹³⁶ FAJARDO, Raquel Z. YRIGOYEN. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización**. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI*. Argentina, 1ª ed, p. 144, 2011.

¹³⁷ BROTO, Alexia Rodrigues. **Pluralismo jurídico indígena: a emergência de um novo paradigma para além do direito positivo**. *Direito e Humanidades. Revista USCS – Direito – ano X - n. 16 – jan./jun. 2009*. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/872/725>. Data de acesso: 4 de fev de 2016. p. 140.

de tutelas aos povos e ao próprio meio ambiente, o reconhecimento de estados plurinacionais. Em linhas gerais, a fim de esclarecer um pouco a temática que será objeto de um estudo específico em tópico apropriado¹³⁸:

En este aspecto, las Constituciones boliviana y ecuatoriana marcan también diferencias importantes, ya que estimulan nuevas formas participativas que buscarían superar las limitaciones de la democracia liberal puesto que incorporan el reconocimiento de la democracia comunitaria desarrollada por los pueblos indígenas (Santos, 2010: 112-123).

Segundo, varias Constituciones se esforzaron por reconocer explícitamente en el propio texto constitucional alguna forma de organización electoral autónoma y especializada, a fin de asegurar una mayor imparcialidad y transparencia en los procesos electorales. Algunas reformas recurrieron a la creación de un órgano judicial, como el Tribunal Supremo Electoral mexicano, o a veces instauraron organismos no judiciales, como el Consejo Nacional Electoral colombiano, pero en todo caso se trata en general de instancias especializadas y autónomas, con lo cual las reformas recientes tendieron a consolidar lo que algunos han llamado un modelo latinoamericano de organización electoral, por oposición al modelo europeo donde no existe organización electoral autónoma.

Tercero, desde el punto de vista de la organización territorial del poder, la casi totalidad de las reformas fortaleció los procesos de descentralización, para lo cual recurrió a tres dispositivos institucionales que eran considerados complementarios. En primer término, se amplió el número de funcionarios locales electos por voto popular, mientras que en el pasado muchos de ellos eran designados por las autoridades nacionales, en especial por el presidente.

En segundo término, se trasladaron nuevas competencias, sobre todo en materia de gasto social, a las entidades locales. Y finalmente, se establecieron mecanismos para reforzar económicamente a las autoridades locales, en especial gracias al sistema de transferencias de recursos del gobierno central a los gobiernos locales.

Antonio Carlos Wolkmer defende que a sociedade necessita de pluralidade, nos mais diversos aspectos: cultural, sociológico, político e jurídico. Nas sociedades, onde ainda não são observados os fenômenos pluralistas, há, certamente, demandas sociais em movimento por ele.

Segundo o mesmo autor o pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, ou seja, envolve um conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si¹³⁹.

¹³⁸ UPRIMNY, Rodrigo. **Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos**. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El Derecho en América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Argentina, 1. ed, 2011. p. 118.

Do artigo sobre o pluralismo, da autora Angela Maria Griboggi¹⁴⁰, se pode extrair uma diversidade de compreensões da teoria segundo os mais diversos autores. Alude que “em qualquer sociedade coexistem várias formas de juridicidade conflitantes ou consensuais e que o direito não é apenas aquele produzido pelo Estado” e que “a pluralidade das ordens jurídicas, é fruto da busca de nova legitimidade”¹⁴¹.

Por fim, vale aclarar sobre essa busca da nova legitimidade que se trata do rompimento com o tradicional positivismo jurídico para uma busca de um novo paradigma, em que o pluralismo se apresenta como alternativa.

Segundo a autora, Angela Maria Griboggi, a crise do positivismo se trata de um fenômeno recente que data da metade do século XX e surge por não mais corresponder aos interesses econômicos e sociais atuais. Afirma ainda, que o positivismo é a doutrina que almeja a separação do direito natural e do direito positivo. Critica a codificação, pois essas normas vinculam, obrigatoriamente, o indivíduo, independente do seu conteúdo, o que pode gerar sanções quando de seu descumprimento, sendo justas, ou não. Dessa maneira, ela explica que¹⁴²:

O Positivismo Jurídico entrou em crise, dentre outros fatores, porque perdeu sua legitimidade enquanto emanador da ordem jurídica, visto que não acompanha mais a realidade social e sendo o fenômeno jurídico uma realidade eminentemente social, está em descompasso com suas finalidades.

O professor José Luiz Quadros de Magalhães dedica meticulosa atenção ao chamado pluralismo epistemológico e defende ser a superação da modernidade em suas bases uniformizadoras e parte para uma análise mais ampla, com vistas ao direito internacional em que o assinala não mais como europeu e, sim, plural que permite refletir a

¹³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3.ed. ver e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 172

¹⁴⁰ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. apud GRIBOGGI, Angela Maria. **Pluralismo jurídico e a crise do positivismo jurídico no Brasil**. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria_griboggi.pdf> Acesso em: 4 de fev de 2016. p. 3424.

¹⁴¹ GRIBOGGI, Angela Maria. **Pluralismo jurídico e a crise do positivismo jurídico no Brasil**. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria_griboggi.pdf> Acesso em: 4 de fev de 2016. p. 3424.

¹⁴²idem.

complexidade do planeta e que priorize a construção de consensos provisórios sem que as discussões sejam interrompidas por maiorias, ou minorias, hegemônicas¹⁴³.

Por tudo, o pluralismo que se traduz nos diversos ramos da vida social se apresenta fortemente como um novo paradigma a ser seguido, essencialmente, na órbita jurídica e contrariamente ao que muitos doutrinadores elucubram não se trata de uma possibilidade tão distante de se concretizar, são exemplos atuais as constituições da Bolívia e do Equador, recentemente alteradas seguindo essas propostas.

2.2 Reflexões sobre a nomenclatura

Muitos são os desdobramentos advindos do termo que vem se consolidando como matéria constitucional e, que inclusive está no título deste trabalho. A primeira e mais evidente delas é o de despendar um tratamento generalizado para a América Latina, quando justamente a proposta é a de se enaltecer as particularidades históricas de cada lugar a fim de se compreender a realidade momentânea e a ela buscar respostas.

Com este escopo, há autores que preferam falar em um constitucionalismo sul americano, por existirem maiores e mais relevantes similitudes entre este conjunto de países do que entre estes e os países da América Central e México¹⁴⁴. Além disso, os grandes expoentes das inovações, Bolívia e Equador, estão naquela localidade.

Porém, mesmo com essa nomenclatura, ficam ressalvadas a Guiana Francesa e o Suriname destes estudos, visto que a primeira é um departamento ultramarino francês e o outro teve sua colonização pelos países baixos, o que não os inclui na percepção de latino América especificamente. Por essa razão, tampouco parece apropriado restringir o termo, por questões geográficas, como a ideia de América do Sul propõe.

A outra questão é uso de 'novo' para designar o assunto, segundo Enzo Belo¹⁴⁵ enquanto estivermos diante do constitucionalismo, como base de regulamentação da vida

¹⁴³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Não publicado. [sem página].

¹⁴⁴ CYRILLO, Carol. Seminário Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=hp1AKcpmwBo>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

¹⁴⁵ BELO, Enzo. Seminário Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=Di3GIFJ7BPA>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

em sociedade, não haverá nada de novo, pois esse é o sistema há longa data utilizado. Outra interpretação é a de que, na verdade, não é um novo constitucionalismo da latino América, este seria, na verdade, o próprio constitucionalismo dessa região¹⁴⁶.

Além disso, a melhor doutrina se digladia com uma pluralidade nominal, como observa Brandão¹⁴⁷:

Há variadas denominações para esse novo movimento: i) Novo Constitucionalismo Latino-Americano (Viciano e Dalmau, 2010; 2011; 2011b; Dalmau 2008); ii) Constitucionalismo Mestiço (Baldi, 2009); iii) Constitucionalismo Andino (Wolkmer, 2010)⁴; iv) Neoconstitucionalismo Transformador⁵ (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 (Uprimmy, 2011).

Desse modo, em que pesem todas as considerações, o trabalho atual tem o objetivo de se unir aos estudos que tem sido feito sobre a matéria, ainda que de forma incipiente. Por isso, a opção pela adoção do uso reiterado de novo constitucionalismo latino americano, uma vez que daquilo que foi produzido ao longo da história do Direito nessa região esse momento, de fato, parece ser novo e latino americano, porque consagra a unidade das antigas colônias da península ibérica em lutar pela sua emancipação.

Entretanto, um debate sobre nomenclatura merece atenção que o que distingue o novo do neoconstitucionalismo. Milena Petters esclarece que, nos anos 60, o termo new constitutionalism nos EUA fazia referência à luta pelos direitos civis diferentemente de sua

¹⁴⁶ RIBAS, José. Seminário Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=Di3GIFJ7BPA>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

¹⁴⁷ BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Pachamama e Sumak Kawsay)**. Dissertação de Mestrado: Recife, 2013. p. 15

utilização mais recente que designa o contexto dos processos de globalização e as suas interações sinérgicas com os poderes hegemônicos¹⁴⁸.

Além disso, a expressão é frequentemente traduzida como neoconstitucionalismo o que confunde o plano da análise. Por um lado, tem-se o modelo metateórico proposto por Suzanna Pozollo e estruturado no contexto da filosofia do Direito à comparística e o estudo do Direito constitucional positivo e das novas realidades constitucionais.

Por isso, o próximo tópico será o de traçar as distinções entre esses termos, pois, para além de ser uma discussão da nomenclatura, em si, cada um deles representa um objeto de estudo e, sendo assim, cabe delimitar especificadamente o que se depreende do novo constitucionalismo.

2.2.1 O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo

A primeira afirmação sobre o tema é que o constitucionalismo não nasceu democrático. O advento do estado moderno marcou uma aliança entre nobreza, burguesia e o rei. Naquele contexto a subversão dos servos ameaça nobres e burgueses que passam a necessitar da proteção de um poder centralizado, hierarquizado e uniformizado.

É esse Estado Moderno que cria o povo nacional, o exército nacional, a moeda nacional, os bancos nacionais, a polícia nacional. Sem isto não teria sido possível o desenvolvimento da economia capitalista, segundo José Luiz Quadros de Magalhães¹⁴⁹. Ele elenca, também, como essenciais para este modelo de economia a conquista do mundo, com a exploração de recursos naturais com a escravização de milhões de pessoas consideradas inferiores, a polícia repressora dos excluídos do sistema.

Esse Estado Moderno, na sua construção enquanto Estado de Direito, será também o berço do constitucionalismo, pois a burguesia passa a necessitar de segurança e previsibilidade nos contratos que contrai e valoriza a proteção da propriedade privada. Daí

¹⁴⁸ PETERS, Milena. **As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo?** IN: WOLKMER, Antônio Carlos; PETERS MELO, Milena (organizadores). *Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino-americano*. Curitiba, Juruá, 2013. P. 65

¹⁴⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Não publicado. [sem página]

extrai-se que o constitucionalismo e a democracia eram termos e conceitos incompatíveis para o pensamento liberal na época.

O constitucionalismo advém, portanto, de uma demanda burguesa que não podia conviver com a democracia majoritária. O liberalismo vitorioso das revoluções burguesas viria garantir a liberdade de escolha individual de homens proprietários, brancos e ricos que excluiu radicalmente parcelas expressivas da população. São essas mesmas constituições liberais que estabelecem o voto censitário.

O século XIX revela a formação da identidade operária em que se proliferam os sindicatos e partidos políticos, muitos de esquerda, e, em sua maioria, considerados ilegais e perseguidos pela ordem estatal¹⁵⁰.

A luta pelo voto igualitário masculino foi baseada na insatisfação popular gerada pelas falsas promessas de uma ordem social e econômica sem privilégios hereditários que aparecia no discurso liberal, somada ao fato dos grandes proprietários copiarem os costumes e práticas da nobreza. Além disso, acrescem-se que as leis produzidas eram, por vezes, contrárias aos interesses da maioria e, primordialmente, a questão do trabalhador ser sistematicamente punido e a pobreza era criminalizada. E nesse momento histórico, constituição e ideais democráticos se alinham. E surge uma nova proposta apontada pelo fato da constituição (moderna) dever oferecer segurança nas transformações decorrentes do sistema democrático.

Este é o equilíbrio essencial do constitucionalismo moderno democrático, considerando democracia enquanto representativa e majoritária, e constituição enquanto limite e garantia de um núcleo duro imutável, contra majoritário, que protege os direitos fundamentais das maiorias provisórias¹⁵¹.

Este ponto traduz o norte donde se disseminarão as teorias constitucionais modernas.

Explanado o histórico que se propôs, cumpre o regresso à temática das rupturas dos paradigmas descortinando, então, as novas propostas de leituras e do papel da constituição.

¹⁵⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Não publicado, [sem página]

¹⁵¹ idem.

A abertura da digressão sobre o assunto enseja o vislumbre de que as constituições transpuseram a ideia européia, do século XIX (de que eram meras cartas políticas com desígnios genéricos para atuação dos poderes) para atingirem o *status* de norma jurídica e desfrutarem de imperatividade, inclusive quando não cumpridas conduzem a mecanismos próprios de coação. No Brasil, data da década de 1980 essa ideia, tendo sido a inspiração dos ditames da Constituição de 1988.

Outra inovação foi a legitimação da supremacia da constituição, inspirado no modelo norte americano, e a disseminação do controle de constitucionalidade. Na verdade, o Brasil desde a Constituição de 1891 já previa, incidentalmente, o controle. Somente nos idos de 1965, com a emenda constitucional n. 16, que se consagrou a ação direta, denominada à época, ação genérica, cuja competência era do Procurador Geral da República. Em 1988, então, há uma abertura ao permitir que minorias políticas e segmentos sociais representativos alcançassem a competência da ação direta e, além disso, formaram-se outros mecanismos de controle concentrado: ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁵².

A derradeira novidade reside na reelaboração doutrinária do problema da interpretação. Com isso questiona-se tanto o papel da norma como do intérprete. Dessa maneira, foram inclusos: novos modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais; o reconhecimento de normatividade aos princípios; a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais; o uso da ponderação como técnica de decisão; e, a reabilitação da razão prática como fundamento da legitimação das decisões judiciais.

Isto posto, Luiz Roberto Barroso dá seguimento ao seu texto ao escrever sobre o neoconstitucionalismo:

[sobre o neoconstitucionalismo] O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova

¹⁵² “De 1988 até abril de 2007 já haviam sido ajuizadas 3.883 ações diretas de inconstitucionalidade, 16 ações declaratórias de constitucionalidade e 110 arguições de descumprimento de preceito fundamental”
BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 287.

hermenêutica. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas¹⁵³.

Ana Paula Barcellos, que é outro expressivo marco teórico sobre o assunto, assevera que as características dessa doutrina se alicerçam em dois grandes grupos: as metodológico-formais e as materiais. Aquelas versam sobre a normatividade e superioridade da Constituição e estas sobre a incorporação de valores e opções políticas nos textos constitucionais em face da promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, além disso, as questões materiais representam uma expansão de conflitos específicos – direitos assegurados, mas que convivem em tensão, por exemplo, a livre iniciativa diante dos princípios do consumidor e do meio ambiente - e geral - o papel da Constituição - entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional¹⁵⁴.

Lenio Luiz Streck¹⁵⁵ considera o neoconstitucionalismo como um movimento que causa uma ruptura do paradigma do Estado “liberal-individualista e formal-burguês”. Nesse sentido são suas lições:

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.

Humberto Ávila pontua como as principais características do movimento: um maior número de princípios nos textos legais; uso preferencial do método de ponderação, no lugar da simples subsunção; justiça particular (individual, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto); fortalecimento do Poder Judiciário; e aplicação da Constituição em todas as situações, em detrimento da lei¹⁵⁶.

¹⁵³ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 287.p. 288.

¹⁵⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 15, jan.-mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 5 abril 2013. p. 4-7.

¹⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discricionariedade dos Juízes”**. *Anima*: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, n. 1. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2016.

¹⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência**. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*, n. 17. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jan.-

Écio Oto Ramos e Susana Pozzolo são ainda mais minuciosos quando da análise do sistema, em seu artigo científico Marina Vitório Alves sintetiza as conclusões daqueles da seguinte maneira¹⁵⁷:

- a) pragmatismo: que evidencia o caráter prático (político) do direito, em que este não possui um conceito único, na verdade, sua conceituação estará atrelada com sua utilização;
- b) eclétismo metodológico: une a interpretação e a aplicação do direito para que se crie um método que una a orientação analítica e hermenêutica;
- c) principialismo: presença cada vez mais expressiva de princípios— pautas axiológicas — na ordem jurídica neoconstitucional, o que sugere, a seu turno, a necessidade de se criar uma teoria dos princípios que confira embasamento racional às ponderações que ocorrem dentro do ordenamento;
- d) estatalismo garantista: instituições estatais como responsáveis pela solução de conflitos para a garantia de segurança jurídica a toda a sociedade;
- e) judicialismo ético-jurídico: exigência de que os operadores do direito façam a conexão da interpretação com questões axiológicas;
- f) interpretativismo moral-constitucional: implica na necessidade de que os intérpretes da Constituição considerem os valores nela positivados, seja quando de sua aplicação, bem como em sua interpretação do direito;
- g) pós-positivismo: preza por um direito que deve ser; não foca suas atenções na mera descrição do direito posto e das instituições existentes, mas pugna pela criação de um compromisso da ciência jurídica com a interpretação valorativa do direito e das instituições;
- h) juízo de ponderação: para os casos considerados “difíceis”, em que os juízes devem buscar a resposta correta, que deve ser encontrada com a introdução de argumentos de princípios e com sua devida ponderação;

mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 18 junho de 2016.

¹⁵⁷ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2 ed. São Paulo: Landy, 2010. Págs 208-229

- i) especificidade interpretativa: a qual exige que a interpretação da Constituição seja diversa da interpretação das normas infraconstitucionais, dado o entendimento neoconstitucional de que a Constituição apresenta um caráter prescritivo. Como consequência, em razão da atribuição de sentido pelo intérprete às normas constitucionais, ao analisá-las, deve ligar-se a uma tese moral, o que não ocorre na interpretação das disposições infraconstitucionais;
- j) ampliação do conteúdo da Grundnorm: com a introdução de valores morais na norma fundamental, os quais a legitimam; e, por último,
- k) conceito não positivista de direito: o qual seria o único meio de conformar o ideal neoconstitucionalista de obrigação jurídica baseada num ideal moral.

Voltando os olhos para a definição de positivismo por Norberto Bobbio, já exposta em tópico apropriado, Comanducci, com base no aludido doutrinador, classifica o neoconstitucionalismo em teórico, ideológico e metodológico. E ainda com vistas à metodologia proposta por Marina Vitória Alves¹⁵⁸, segue a explanação:

O neoconstitucionalismo teórico é visto como uma teoria do direito em que há a “invasão” da Constituição em toda a ordem jurídica, com a positivação dos direitos fundamentais e a presença de princípios na própria Constituição. Comanducci (2009, p. 83-84) ainda destaca a distinção da interpretação constitucional em relação à das demais leis: afirma que o tipo de interpretação variará de acordo com a concepção de Constituição adotada pelo intérprete – modelo prescritivo ou modelo axiológico.

O neoconstitucionalismo ideológico traduz-se como importância de garantir e ampliar os direitos fundamentais em detrimento de normas que objetivem a limitação do poder estatal. O autor italiano afirma que a ideologia neoconstitucionalista adota o modelo axiológico de Constituição como norma. E, em razão disso, Comanducci identifica a obrigação moral de se cumprir as leis e a própria Constituição.

O neoconstitucionalismo metodológico implica a adoção da ideia de que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais fazem uma conexão entre direito e moral. Contrapõe-se ao método positivista, que afirma ser possível identificar e diferenciar o direito que é daquele que deveria ser, bem como defende a necessária separação entre direito e moral.

¹⁵⁸ COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Traducción de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trotta, 2003. p. 75-98.

A fim de percorrer a temática, há que se importar da doutrina internacional os estudos com o objetivo de clarificar o pensamento constitucional em que se debruça. O autor espanhol Carlos Manuel Villabella Armengol também despande meticolosa atenção ao neoconstitucionalismo ao enumerar suas características¹⁵⁹. São elas, resumidamente:

1) Uma formação aberta e flexível dos termos constitucionais, pois estes não devem ter apenas uma interpretação semântica, devem compreender sua axiologia. Regras e princípios revestidos de valores programáticos e axiológicos os quais provem de um *ethos*, onde se encontram as chaves do projeto de *dever ser* pactuado no documento constitucional.

O conjunto de princípios funciona, por sua vez, como pautas hermenêuticas do ordenamento jurídico que transmitirá os limiares à luz dos quais se deve interpretar o texto constitucional.

2) Noção de constituição material o que implica em assumir que esta – apesar de ser composta por normas de diferente calibre jurídico – tem dimensão jurídica e eficácia vinculante, o que, acaba por otimizar a hermenêutica.

3) Defesa da garantia constitucional que implica em um sistema de controle e proteção jurisdicional efetivo que se materializa por diversos modelos. Os neoconstitucionalistas aceitam um maior ativismo jurisprudencial em consonância com a idéia de constituição aberta e principialista.

4) Prevalência da ponderação como princípio para a interpretação, ou seja, cada caso ensejará uma operação lógica para que se equilibrem os preceitos em colisão e se encontre um ponto de otimização entre eles.

5) Constitucionalização do direito o que significa seu emprego em todos os planos do ordenamento, bem como sua existência como parâmetro de validade e interpretação dele.

Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, persuasiva, capaz de

¹⁵⁹ ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. **Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. . Disponível em: < <http://187.188.167.138:82/blogvillabella/revista25.pdf>> Acesso em: 30 de mar de 2016. p. 51-54.

condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e a doutrina, a ação dos políticos, assim como as relações sociais¹⁶⁰. (Tradução nossa)

6) Desenvolvimento e multiplicação da dogmática constitucional motivada por um duplo processo de ampliação da titularidade e da propagação dos direitos.

7) Doutrina da eficiência horizontal dos direitos que rompe com a idéia de que os direitos são atributos subjetivos frente ao poder do Estado.

8) Protagonismo do poder público na materialização do direito em que se enfoca o retorno do Estado como ator político decisivo, em três esferas: a partir do Estado, impulsionando as mais diversas políticas e criando condições para sua aplicação; no Estado, por meio da fiscalização de seus atos e de abusos de poder; e para além do Estado, com medidas que viabilizem o desenvolvimento de espaços democráticos na sociedade civil.

O neoconstitucionalismo, portanto, se trata de uma corrente jurídica, política e filosófica que objetiva uma mudança no conceito de Direito, bem como de sua interpretação, introduz elementos axiológicos e atribui força normativa à constituição a qual ocupa um cargo principal na ordem jurídica. Trata-se de um abandono das idéias provenientes do constitucionalismo liberal e que transgride ao tentar garantir materialmente direitos fundamentais para todos por meio da supremacia da constituição, da positivação dos referidos direitos e pela adoção de princípios para guiar a hermenêutica jurídica.

2.2.2 Linhas gerais do novo constitucionalismo e distinções com o neoconstitucionalismo

O novo constitucionalismo latino americano remonta a processos constituintes como o brasileiro de 1988 e o colombiano de 1991. Adquiriu mais visibilidade com as novas Constituições da Venezuela, Equador e Bolívia. Esse processo tem se caracterizado, dentre outros elementos, pela emergência de atores constituintes que tem defendido a

¹⁶⁰ Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” GUASTINI, Riccardo. **La Constitucionalización del ordenamiento jurídico**, en Carbonell, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s), México, UNAM-11J, 2003. P. 49.

inclusão de novos temas na agenda político constitucional. Dentre esses atores, incluem-se: os movimentos camponeses, indígenas e de afrodescendentes, organizações de mulheres, sindicatos, movimento de desempregados e organizações de direitos humanos¹⁶¹.

Para compreender essa acepção vale destacar que o novo constitucionalismo distingue-se do neoconstitucionalismo por ser uma teoria democrática de constituição, enquanto este é uma teoria de Direito¹⁶². Noutras palavras, o neoconstitucionalismo firma-se na análise da dimensão positiva da Constituição, para isso não é necessário percorrer qualquer análise de legitimidade democrática ou das formas com que a vontade constituinte torne-se, de fato, a vontade constituída. O novo constitucionalismo configura-se subsidiariamente como uma teoria de Direito, pois se apega na Constituição como forma de reger o ordenamento jurídico, por isso qualificá-lo como uma teoria de Constituição. Entretanto, é evidente que as teorias se complementam.

Pelos últimos processos constituintes pode-se visualizar uma legitimação de textos constitucionais que objetivam mudar as condições de pessoas e comunidades em necessidade. Percebe-se um constitucionalismo comprometido com a justiça social, a igualdade e o bem estar dos cidadãos¹⁶³.

Enquanto o neoconstitucionalismo refere-se ao momento pós Segunda Grande Guerra, o novo constitucionalismo tem a peculiaridade de refletir o momento de passagem dos regimes autoritários para os democráticos na América Latina. A isto se soma tanto a crise das políticas neoliberais como mudanças políticas progressistas em grande parte da região¹⁶⁴.

Como exemplo: Hugo Chávez foi eleito presidente na Venezuela; Luiz Inácio Lula da Silva, no Brasil; Nestor Kirchner, na Argentina; Tabaré Vázquez, no Uruguai;

¹⁶¹ PISSARELO, Gerardo. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y La constitución venezolana de 1999: balance de una década.** Disponível em: < <http://www.rebelion.org/docs/96201.pdf>>. Acesso em: 23 de mar de 2016. [sem página]

¹⁶² PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rúben Martínez. **Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 22 de mar de 2016. p. 2 e 5.

¹⁶³ VICIANO y MARTÍNEZ apud PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rúben Martínez. **Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: < <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 22 de mar de 2016. p. 5.

¹⁶⁴ PISSARELO, Gerardo. op. cit., [sem página]

Michele Bachelet, no Chile; Evo Morales, na Bolívia, entre outros. Com esses governos surge uma maior participação cidadã e uma maior atenção aos marginalizados.

Na Venezuela, Equador e Bolívia as mudanças políticas conduziram a novas constituintes que visavam romper com os ideais políticos e econômicos vigentes à época. Em outros países, o objetivo foi de implantar força normativa aos direitos presentes na Carta Magna.

Diante dessas transformações, fundou-se esse novo constitucionalismo, o qual tem gerado expectativas democráticas e garantistas. Para que se permita a efetividade da teoria, Gerard Pissarelo elenca alguns fatores, tais como: a superação da política neoliberal e do modelo exploratório assumido por muitos governos; a superação de concepções elitistas, excludentes ou burocráticas frutos da democracia representativa; e, o fim da intervenção anti-democrática dos Estados Unidos e de corporações transnacionais no território.

Para Raquel Yrigoyen¹⁶⁵ o novo constitucionalismo também pode ser chamado de “constitucionalismo pluralista”. A autora elenca três ciclos para explicar minuciosamente o desenvolvimento da teoria. O primeiro é o constitucionalismo multicultural que abarca o período de 1982 até 1988, o qual representou a introdução do conceito de diversidade cultural e o reconhecimento de direitos indígenas específicos. O segundo é o constitucionalismo pluricultural, de 1988 até 2005, em que se adotou o conceito de nação multiétnica, ao lado do desenvolvimento do pluralismo jurídico interno em que foram incorporados vários direitos indígenas no rol dos direitos fundamentais. Por fim, o terceiro ciclo é o constitucionalismo plurinacional, de 2006 até 2009, com a demanda de um estado plurinacional e de um pluralismo jurídico igualitário.

É possível reconhecer pontos comuns neste modelo constitucional, todavia, por óbvio, em um ou outro país poderão ser percebidas algumas diferenças. Vários autores explicam esses pontos convergentes.

¹⁶⁵ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos**. *Revista El Otro Derecho*, n. 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004. p. 171-196. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

Segundo Gerardo Pisarello¹⁶⁶, são os elementos em comum: a) o reconhecimento de uma grande quantia de direitos, dentre eles: direitos sociais, culturais e ambientais; b) delimitação de conteúdo com base em padrões mais avançados de direito internacional e direitos humanos; c) melhoria desses referidos direitos; d) previsão de novas formas participativas, tanto nas instituições como fora delas, podendo ser na vida econômica ou comunitária; e) consagração de mecanismos para o controle público; f) reforço da unidade e da autonomia da América Latina.

De acordo com Celso Augusto Baldi¹⁶⁷ as principais características deste novo modelo constitucional são: a) ruptura com o modelo anterior de Constituição e fortalecimento da dimensão política desta; b) utilização de novidades nos textos constitucionais para formar uma integração nacional e uma nova ideia de institucionalidade; c) enaltecimento de princípios em detrimento de regras; d) textos constitucionais mais longos, com a adoção de linguagem acessível; e) um grau maior de rigidez, pois ficam vedadas alterações do diploma pelos poderes, por si mesmos; f) a democracia participativa; g) incorporação de tratados internacionais e integração de setores marginalizados da sociedade; h) predomínio do controle difuso em detrimento do concentrado, mas admitindo, também, formas mistas; por último, i) uma união latino americana não só pautada em razões econômicas.

Como mencionado, o novo constitucionalismo surge com a saída de cena dos regimes autoritários na América Latina, mas ganha novo impulso com as recentes reformas constitucionais da Venezuela, Bolívia e Equador. Faz-se necessário dedicar atenção a elas, então.

Acerca dessas três, detidamente, Carlos Manuel Villabella Armengol¹⁶⁸ elenca suas convergências e, por consequência, acaba por definir traços do novo constitucionalismo como um todo.

¹⁶⁶ PISSARELO, Gerardo. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y La constitución venezolana de 1999: balance de una década**. Disponível em: < <http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>>. Acesso em: 23 de mar de 2016. [sem página]

¹⁶⁷ BALDI, César Augusto. **Novo constitucionalismo latino-americano**. *Estado de Direito*, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011. Disponível em <<http://pt.slideshare.net/Estadodedireito/estado-de-direito-32-edio>>. Acesso em: 14 de maio 2016.

¹⁶⁸ ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. **Constitución e democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Disponível em: < <http://187.188.167.138:82/blogvillabella/revista25.pdf>> Acesso em: 30 de mar de 2016. p. 58-63.

Pode-se visualizar a importância dada aos preâmbulos. Estes oferecem espiritualidade à Constituição ao conectar o texto com a história do país. Em linhas gerais, existem capítulos que traduzem princípios basilares ao pacto constitucional. Acerca dos princípios, estes estão sedimentados nas novas Cartas, dotados de concepções teleológica, axiológica e ética-moral.

Estão entre essas concepções estão¹⁶⁹:

[...] unidade; inclusão dignidade; liberdade; solidariedade; reciprocidade; respeito; complementaridade; harmonia; transparência; equilíbrio; igualdade de oportunidades; equidade social e de gênero na participação; bem estar comum; responsabilidade; justiça social; redistribuição equitativa dos produtos e bens sociais; democracia; responsabilidade social; preeminência dos direitos humanos; pluralismo político.

O novo modelo é definido por um reconhecimento da supremacia constitucional e da sua eficácia direta, expressamente presentes nas Constituições da Bolívia e do Equador¹⁷⁰, bem como a configuração de um novo modelo de Estado. Esse estado será livre, independente, soberano, democrático, intercultural, plurinacional, participativo, alternativo, responsável, pluralista e de mandatos revogáveis¹⁷¹.

A propriedade privada obedece à sua função social e ambiental e coexiste com outros tipos de propriedade como a individual, coletiva, pública, estatal, comunitária, associativa e mista¹⁷². Primordial característica também é o reconhecimento do Estado

¹⁶⁹ [...] unidad; inclusión; dignidad; libertad; solidaridad; reciprocidad; respeto; complementariedad; armonía; transparencia; equilibrio; igualdad de oportunidades; equidad social y de género en la participación; bienestar común; responsabilidad; justicia social; redistribución equitativa de los productos y bienes sociales; democracia; responsabilidad social; preeminencia de los derechos humanos; pluralismo político. ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. . **Constitución e democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Disponível em: <<http://187.188.167.138:82/blogvillabella/revista25.pdf>> Acesso em: 30 de mar de 2016. p. 58.

¹⁷⁰ Consultar os artigos 410 e 411 da Constituição da Bolívia e 422-428 da Constituição do Equador.

¹⁷¹ A Bolívia define o Estado como um Estado unitário social de direito plurinacional e comunitário, a Venezuela como Estado democrático e social de direito e de justiça e o Equador como Estado constitucional de direitos e justiça. ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. op. cit. p. 58-59

¹⁷² Artigo 283 da Constituição do Equador: o sistema econômico é social e solidário; reconhece o ser humano como sujeito e fim; tende a uma relação dinâmica e equilibrada entre sociedade, Estado e mercado, em harmonia com a natureza e tem por objetivo garantir a produção e reprodução das condições materiais e imateriais que possibilitem o “buen vivir”.(Tradução nossa) Artículo 283: El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. EQUADOR. **Constitucion Política Del Ecuador**, de 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>>. Acesso em: 5 de mar de 2016.

plurinacional e intercultural que viabiliza a proteção de minorias étnicas e de grupos originários.

Esse reconhecimento ocorre de várias formas, dentre elas, o uso da linguagem dos povos originários nos textos constitucionais; o reconhecimento de que a cultura indígena é berço de conhecimentos e valores; reconhecimento do autogoverno e admissão de uma justiça própria com base na cultura. Legitimam-se direitos como à terra, à manutenção de suas próprias práticas econômicas e atividades tradicionais, a manter suas identidades, a um modelo de saúde diversificado de acordo com as convicções dos povos, a um sistema educacional bilíngüe, à proteção de seu patrimônio histórico e cultural, entre outras diversas garantias .

Outra designação é o fato das constituições se valerem do controle de constitucionalidade para serem garantistas. Na Bolívia há um modelo concentrado e especializado que se denomina Tribunal Constitucional Plurinacional e no, mesmo sentido, há a Corte Constitucional, no Equador. Na Venezuela, o modelo é centralizado e parcialmente especializado: Sala Constitucional Del Tribunal Supremo de Justiça.

Pode-se perceber a legitimação inaugural de vários direitos, como o “buen vivir” que implica na concretização da dignidade humana por meio do direito à alimentação, à água, a um ambiente saudável, à comunicação e à informação; zela, ainda, pelo respeito diante da identidade cultural, da educação e do habitat adequado.

Há um rol maior de obrigações e funções constitucionais que promovem a prática de valores e princípios consagrados na Carta Magna. Compõe essas obrigações, exemplificativamente, o direito de contribuir para a paz; expor e combater a corrupção; proteger o patrimônio natural, econômico e cultural; proteger os recursos naturais e contribuir para o uso sustentável; direito a não ser ocioso, mentir ou roubar; respeitar as diferenças étnicas, nacional, social, de gênero, geracional e de orientação e identidade sexual, e assim por diante.

São positivados muitos mecanismos para a defesa desses tantos direitos, como: ação de defesa; ação de amparo constitucional; ação de proteção à privacidade; ação de inconstitucionalidade, ação de cumprimento; ação popular; habeas corpus e habeas data; e

defensoria popular. Há ainda a figura da reclamação por omissão, caso alguma autoridade responsável não cumpra a literalidade da norma.

Sob os princípios da solidariedade, equidade, igualdade e respeito, pretende-se uma integração latino americana, que se respalde na ideia de uma cidadania única. As Constituições da Venezuela e do Equador pugnam pela integração com o Caribe também.

Neste novo constitucionalismo o Estado é protagonista no cumprimento da igualdade social e do desenvolvimento nacional, guiado por todos os princípios que já foram expostos. A derradeira característica elucidada pelo autor é como se possibilitariam as reformas do texto legal. Destaca, nesse sentido, a iniciativa popular para dar início às mudanças e a necessidade de aprovação por maioria qualificada com o fim de alcançar a proteção de conteúdos basilares do ordenamento. Finalmente, revela a obrigação de um referendo para encerrar o processo.

2.2.3 A nova proposta democrática

Como já mencionado no tópico anterior o novo constitucionalismo induz a uma mudança de concepção do próprio modelo democrático. Explicitar esse tema revela-se imprescindível para conduzir às reflexões sobre igualdade que se almeja.

A democracia majoritária tem se refletido como uma democracia eleitoral, ou seja, que tem buscado institucionalizar a representatividade política, deixando de lado, entretanto, o povo, titular da soberania. Ademais disso, o modelo fica subjugado aos partidos políticos. Estes são os que movem as discussões de acordo com seus próprios interesses, os quais, muitas vezes, se distanciam das necessidades populares. A corrupção, neste ponto, exerce agravante papel, pois inibe ainda mais a representatividade e a confiança dos cidadãos.

Outros marcos desta forma de democracia são o elitismo, a competitividade e a opção por uma dinâmica não dialógica¹⁷³. José Luiz Quadros de Magalhães¹⁷⁴ afirma que o tempo para debates está cada vez mais reduzido, fazendo-se a opção por interrompê-lo para votar. E vai além, assevera que a reiterada opção por um “melhor” argumento ou um argumento “vitorioso” por meio da votação, tem o condão de constituir-se como um mecanismo totalitário.

O que percebe-se é que na democracia majoritária, muitas vezes, a vontade de uma minoria é eleita, por ser acatada como maioria frente a abstenções, descrenças e não participação dos que se posicionam de forma diversa. Neste mesmo sistema, não há produção de soluções conjuntas ou consenso e a instância final sempre será o voto, o qual poderá ser exercido pelo povo – poucas vezes, por representantes políticos ou mesmo por juízes em processos judiciais.

No aspecto formal, sob a égide da democracia majoritária, houve a expansão constitucional de direitos e de sistemas de garantias, porém que permaneceram como utopia para diversas parcelas da população.

Conforme discorre Carlos Manuel Villabella Armengol, dois são os traços marcantes desta democracia: a fragilidade e exclusão e desigualdade. Aquela se demonstra pelo próprio decurso da história dos países em que a democracia majoritária por vezes foi interrompida por regimes autoritários. Estes por expressarem a incapacidade de se transformar uma sociedade com altos níveis de exclusão e marginalização¹⁷⁵.

Transcorridas as principais características do modelo, o novo constitucionalismo se lança na busca por formas mais eficazes de garantir a participação cidadã nos processos decisivos da sociedade. O reconhecimento da pluralidade cultural implica em viabilizar a participação dos diferentes povos na democracia, principalmente depois de institucionalizados os estados plurinacionais.

¹⁷³ ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. **Constitución e democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Disponível em: <<http://187.188.167.138:82/blogvillabella/revista25.pdf>> Acesso em: 30 de mar de 2016. p. 67-68.

¹⁷⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Democracia e Constituição: a alternativa plurinacional boliviana**. Não publicado. [sem página]

¹⁷⁵ De acordo com a Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), em 2009, a pobreza alcançou a 189 milhões de pessoas. (Tradução nossa) De acuerdo con cifras de la Comisión Económica para América Latina (cepal), en 2009 la pobreza alcanzó a 189 millones de personas. ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. op. cit. p. 69.

Diante disso que o novo constitucionalismo propõe uma democracia pautada na participação popular. Trata-se de uma mudança de postura balizada no diálogo que é construído a partir de posições não hegemônicas. O que aspira-se é o consenso. Um consenso nunca será permanente devido à dinamicidade da vida, bem como a necessidade de alcançar decisões sem que se consolide um vencedor.

Segundo José Luiz Quadros de Magalhães os direitos fundamentais serão abarcados por essa postura, logo, deverão ser compreendidos como consensos construídos e reconstruídos permanentemente. Estado e Constituição, por sua vez, atuarão em prol das mudanças, desde que sejam construídas por “consensos dialógicos, democráticos, não hegemônicos, plurais, diversos, não hierarquizados e não permanentes”¹⁷⁶.

Nesse sentido, a fim de se estabelecer uma relação entre soberania e governo, as constituições latino americanas disciplinam o tema. Por exemplo, na Constituição da Colômbia, de 1991, utiliza a nomenclatura “formas de participação democrática”; na Constituição do Equador, de 1998, “governo participativo”, já na de 2008, designa como “participação na democracia”; já na Bolívia e na Venezuela o nome adotado é “democracia participativa”. Todos estes com o mesmo entendimento¹⁷⁷.

Cumprе ressaltar que a democracia participativa não elimina a representativa, na verdade, a complementa. Isto quer dizer que os instrumentos da democracia representativa ou majoritária permanecem, mas no compromisso de cederem espaço para os mecanismos institucionalizados de construção de consensos, como bem suscita José Luiz Quadros de Magalhães.

Para ilustrar o tema, é imperioso demonstrar como os textos constitucionais da Venezuela, Bolívia e Equador cuidaram do assunto¹⁷⁸. Primeiramente, o artigo 62 da Constituição da Venezuela aduz que:

¹⁷⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Democracia e Constituição: a alternativa plurinacional boliviana.** Não publicado. [sem página]

¹⁷⁷ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rúben Martínez. **Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? Disponível em:** <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 29 de mar de 2016. p. 20.

¹⁷⁸ La Constitución de Venezuela señala que: la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

A participação do povo na formação, execução e controle da gestão pública é um meio necessário para alcançar o protagonismo que garanta o completo desenvolvimento, tanto individual como coletivo. É obrigação do Estado e dever da sociedade facilitar a geração de condições mais favoráveis para sua prática. (Tradução nossa).

Dos artigos 96, 6 e 100 da Constituição do Equador extrai-se o seguinte:

As cidadãs e os cidadãos, individual ou coletivamente, serão protagonistas nas tomadas de decisões, planificação e gestão dos assuntos públicos, e no controle popular das instituições do Estado e da sociedade [...] em um processo permanente de construção de poder cidadão [...] o povo é mandante e primeiro fiscalizador do poder público [...] reconhecem-se todas as formas de organização da sociedade, como expressão da soberania popular para desenvolver processos de autodeterminação e incidir nas decisões e políticas públicas e no controle social em todos os níveis de governo. (Tradução nossa)

Por fim, o diploma boliviano, nos artigos 11 e 241, garante que:

O governo adota a forma democrática participativa, representativa e comunitária [...] o povo soberano, por meio da sociedade civil organizada, participará no desenho das políticas públicas e exercerá o controle social para a gestão pública em todos os níveis do Estado e as empresas e as instituições [...] as entidades do Estado gerarão espaços de participação e controle social por parte da sociedade. (Tradução nossa)

As Constituições da Venezuela e do Equador institucionalizaram “o poder cidadão” e “função da transparência e controle social”, respectivamente, como características inerentes ao poder público. Dispuseram ainda princípios democráticos norteadores das organizações políticas, tais como: alternabilidade de mandatos, prestação de contas e composições paritárias entre homens e mulheres.

El texto de Bolivia plantea que el gobierno adopta la forma democrática participativa, representativa y comunitaria [...] el pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas y ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones [...] las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad.

Por su parte, la Constitución de Ecuador proclama que: las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad [...] en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano [...] el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público [...] se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno. ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. **Constitución e democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Disponível em:

<<http://187.188.167.138:82/blogvillabella/revista25.pdf>> Acesso em: 30 de mar de 2016. p. 69.

A Constituição da Bolívia legitima a eleição direta dos juízes do Tribunal Supremo e do Conselho da Magistratura. No Equador os membros do Conselho da Magistratura são designados pelo Conselho de Participação Cidadã e Controle Social¹⁷⁹.

O novo constitucionalismo, portanto, ao pugnar por essa democracia mediante a participação direta de seus cidadãos acaba por inaugurar na própria concepção de igualdade.

¹⁷⁹ ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. **Constitución e democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Disponível em: <<http://187.188.167.138:82/blogvillabella/revista25.pdf>> Acesso em: 30 de mar de 2016. p. 71.

3 O ESTADO PLURINACIONAL: UMA EXPRESSÃO DA SOBERANIA POPULAR NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

O estudo deste movimento constitucionalista denota uma imensa preocupação em garantir que o povo seja verdadeiramente sujeito de direito, participante ativo da vida social. Como bem ilustram José Ribas Vieira e Vicente Rodrigues "o novo constitucionalismo parte de postulados clássicos da teoria constitucional, repetindo, por exemplo, o tradicional catálogo de direitos de proteção individual. Por outro lado, procura superar o constitucionalismo clássico no que este não teria avançado, sobretudo no que se refere às possibilidades de articulação e releitura da categoria soberania popular, como condição necessária de legitimação das instituições e de gestão do próprio Estado. Indo mais longe, o Estado deverá ser refundado sobre os escombros das promessas liberais não cumpridas, promovendo-se sua reconstrução a partir de uma “nova geometria do poder”¹⁸⁰.

Explica Marques Jr. que:

Na América Latina, tradicionalmente, a democracia não tem lidado bem com as diferenças. O grande desafio das sociedades contemporâneas locais reverbera na necessidade de reformulação dos modelos democráticos de modo a conseguir um equilíbrio entre o arcabouço institucional e o reconhecimento de sociedades plurais e complexas¹⁸¹.

Nas linhas das preleções de "José Murilo de Carvalho"¹⁸² a ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer. A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população. O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessa de favores pessoais, o deputado apoia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais.

¹⁸⁰ VIEIRA, José Ribas; RODRIGUES, Vicente A. C.. **Refundar o Estado: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009, pág. 02.

¹⁸¹ Marques Jr, William Paiva. **Notas em torno do valor democrático no novo constitucionalismo latino americano**. Disponível em: <

http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11830/1/2014_art_wpmarquesjunior.pdf>. Acesso 10 de jun de 2016. p. 225

¹⁸² CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 12ª- edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, págs. 223 e 224.

Para muitos, o remédio estaria nas reformas políticas mencionadas, a eleitoral, a partidária, a da forma de governo. Essas reformas e outros experimentos poderiam eventualmente reduzir o problema central da ineficácia do sistema representativo. Mas para isso a frágil democracia brasileira precisa de tempo. Em geral os países da América do Sul não revelam uma cultura democrática e participativa, certamente devido ao seu histórico de exclusão democrática nos regimes ditatoriais militares. Em geral são poucos os cidadãos que conhecem e utilizam mecanismos de participação popular¹⁸³.

A proposição latino americana é que haja igualdade de oportunidades," e o debate em diversos níveis – o povo passa de um papel secundário a um protagonismo social inédito na região¹⁸⁴, ao sentir-se partícipe dos rumos das políticas públicas estatais. O discurso vazio “nós versus eles” deve ser combatido pela democracia participativa, caso continue a ser fomentado por alguns regimes políticos da região o saldo será apenas o acirramento de cisões e, nesses casos, quem perde é sempre o cidadão, que continua ignorado em suas demandas primárias". Com isso, "o modelo participativo proposto pelo Novo Constitucionalismo Democrático reconhece a necessidade que em determinados segmentos, os atores sociais devem fazer-se participar diretamente das deliberações em sede de políticas públicas governamentais".

Silva, que também se debruça sobre o assunto, faz considerações valiosas que merecem o devido destaque, por indicar também o posicionamento do presente estudo:

"a (alternativa) andina mais preocupada em aumentar a participação direta da população, isto não quer dizer que tais modelos sejam originais em suas características. O arranjo democrático-comunitário brasileiro, como dito anteriormente, recebe várias influências, principalmente por parte do constitucionalismo democrático europeu. Do mesmo modo, os mecanismos de consulta direta utilizados pelos andinos (referendo, referendo revogatório, plebiscito e iniciativa popular) não são nenhuma novidade, uma vez que amplamente utilizados em outros países como Suíça, França e Estados Unidos. Como afirma Alexandre Navarro Garcia,

¹⁸³ Marques Jr, William Paiva. **Notas em torno do valor democrático no novo constitucionalismo latino americano**. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11830/1/2014_art_wpmarquesjunior.pdf>. Acesso 10 de jun de 2016. p.231.

¹⁸⁴ "Relatório do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento)40 revela que na pesquisa Latinobarômetro 2002, indagou-se aos consultados se conheciam casos de pessoas que tivessem recebido privilégios por serem simpatizantes do partido do governo: 31,4 por cento dos latinoamericanos consultados declararam conhecer um ou mais casos de clientelismo". PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). **A Democracia na América Latina rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãos**. Tradução: Mônica Hirts. Santana do Parnaíba, SP: LM&X, 2004, pág. 88.

no texto “Democracia semidireta, Plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa” tais mecanismos teriam origem nos” movimentos revolucionários, iniciados no fim do século XVIII e princípio do século XIX, por meio do contratualismo russeauniano e da filosofia dos jusnaturalistas... A partir dessas experiências, consumadas na prática, foi que as formas atuais mais aperfeiçoadas de democracia semidireta – basicamente referendo e iniciativa direta – difundiram-se na Suíça, Itália, França e Estados Unidos, por meio da espécie de legislação direta, notadamente no Estado da Califórnia ...”¹⁸⁵. Entretanto, mesmo sendo amplamente utilizados há anos em outros países, nos quais não se observou nenhuma grave ameaça às instituições representativas e ao regime democrático, no contexto latino-americano estes mecanismos são tratados como um perigo de recrudescimento autocrático. O presente trabalho visa, portanto, contrapor-se a estas críticas que veem no modelo andino a falência das instituições representativas¹⁸⁵.

Assim, delineiam-se as considerações acerca da participação popular a fim de se construir novos parâmetros democráticos pautados numa visão dialógica, consensual e participativa de democracia.

Boaventura de Souza Santos¹⁸⁶ descreve os processos de reconhecimento do instituto. Primeiramente, o caso da Bolívia, entre 2000 e 2006 o movimento social foi o protagonista do processo político e apresentou o *Pacto de Unidad* para os constituintes com as orientações acerca desta plurinacionalidade. No entanto, com a eleição de Evo Morales, o protagonismo passou gradualmente para o poder executivo e com isso a oposição conservadora conseguiu garantir alguns retrocessos frente ao referido documento.

Dentre estes retrocessos, o autor revela que a lei de convocatória da Assembleia Constituinte não respeitou a demanda de que a representação política deveria expressar a plurinacionalidade; outro problema foi o fato da Assembleia ter sido declarada originária, sem, contudo, possuir autonomia de trabalho; e a constante discussão sobre qual deveria ser a capital plena do país, La Paz ou Sucre.

Outros problemas são o racismo que os próprios constituintes indígenas eram vítimas ao longo dos trabalhos e as constantes interferências de comissões, sem mandato constitucional para interferir nas tarefas, o que fez com que a Assembleia perdesse sua

¹⁸⁵ SILVA, Mayra Goulart da. **Participação e representação:** um estudo crítico das constituições de Brasil, Venezuela, Equador e Bolívia. Disponível em: <http://www.direito.ufrj.br/ppgd/images/_PPGD/pdf/MIOLO_RJ5_Revisado.pdf>. Acesso em 5 de jun de 2016. p. 84

¹⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en America Latina:** Perspectivas desde uma epistemologia del Sur. Peru, 2010. p. 69-81

autonomia e sua exclusividade. Foi neste clima de constante tensão que o Congresso Constituinte conseguiu elaborar a versão definitiva da Carta Maior que foi referendada em 2009.

Nos dizeres de Raúl Prada citado por Santos¹⁸⁷, a constituição boliviana cria mecanismos de transição para um Estado plurinacional e comunitário, o qual é um trânsito descolonizador, porém não é um texto que consegue resolver, de vez, os problemas coloniais e as práticas alternativas ao capitalismo. Todavia, já é um texto mais avançado do que o do Equador, de 2008, o qual possui apenas um enunciado acerca da plurinacionalidade em todo texto fundamental.

Com este ensejo, segue o comentário acerca do processo equatoriano. Segundo Santos, o procedimento correu mais tranquilamente por uma série de motivos, primeiro porque 80 dos 130 constituintes eram parte do mesmo partido, o Alianza País, do presidente Correa, que acabou controlando politicamente a Assembleia mais facilmente do que o MAS, na Bolívia. Outra razão, é o tamanho e a composição da Assembleia, na Bolívia eram 255 pessoas representantes de todos os setores, além disso, a Bolívia já estava em um momento de efervescência popular desde a Guerra do Gás, em 2003¹⁸⁸.

As tensões que se deflagraram foram quanto às constantes intervenções do presidente, da igreja católica e dos setores conservadores os quais tentavam exercer algum poder político no processo e impedir que seus interesses e ideologias fossem contrariados¹⁸⁹.

Santos também preleciona que o primeiro grande impacto da plurinacionalidade é a ruptura com o conceito moderno de nação cívica, a partir dela, ¹⁹⁰a nação cívica poderá coexistir com as várias nações culturais dentro de um mesmo espaço geopolítico, de um mesmo Estado¹⁹¹. Esclarece ainda que a plurinacionalidade traz em seu bojo a ideia de autodeterminação e autogoverno, mas não a ideia de independência.

As decorrências deste reconhecimento são muitas: um novo tipo de institucionalidade estatal; uma nova organização territorial; a democracia intercultural; o pluralismo jurídico; novas políticas públicas; novos critérios de gestão pública e de

¹⁸⁷SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en America Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. Peru, 2010. p.75 e 76

¹⁸⁸ ibidem. p. 78 e 79.

¹⁸⁹ ibidem. p. 77 e 78

¹⁹⁰ ibidem. p. 81

¹⁹¹ São exemplos de Estados plurinacionais o Canadá, a Bélgica, a Suíça, Nigéria, Nova Zelândia etc. idem.

participação cidadã, sendo que todas elas acabam por afrontar as estruturas do Estado moderno.

José Luis Quadros Magalhães não deixa perder de vista que a tarefa de construção do Estado nacional (do Estado moderno) dependia da construção de uma identidade nacional, ou em outras palavras, da imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que assim todos reconhecessem o poder do Estado.

A rigor, nesta formação do Estado moderno estavam enraizados os processos de intolerância religiosa, cultural, a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites. No caso latino americano, os Estados nacionais foram fruto das lutas pela independência no decorrer do século XIX. Um fator comum nestes Estados é o fato de que, quase invariavelmente, foram Estados construídos para uma parcela minoritária da população, onde não interessava para as elites econômicas e militares, que a maior parte da população se sentisse integrante, se sentisse parte de Estado. Desta forma, em proporções diferentes, mas em todo o continente, milhões de povos originários, bem como milhões de imigrantes forçados africanos, foram radicalmente excluídos de qualquer ideia de nacionalidade.

O conceito de um Estado dito Plurinacional promete superar essas bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional. Segundo Magalhães¹⁹²,

a grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.

Apenas para um panorama geral acerca das inaugurações na Bolívia, emprestem-se as sínteses que Magalhães traz em seu artigo, primeiro o fato de 80 dos 411 artigos se ocuparem da questão indígena. Pelo texto, os 36 “povos originários” (aqueles que viviam na Bolívia antes da invasão dos europeus), passam a ter participação ampla efetiva em todos os níveis do poder estatal e na economia.

¹⁹² MAGALHÃES, José Luis Quadros. **O Estado plurinacional na América Latina.** [sem página]<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.pt/2011/04/302-artigos-o-estado-plurinacional-na.html>

Desta forma, passou a ter uma cota para parlamentares oriundos dos povos indígenas, que também passarão a ter propriedade exclusiva sobre os recursos florestais e direitos sobre a terra e os recursos hídricos de suas comunidades. Além disso, a justiça tradicional indígena e a justiça ordinária do país são consideradas equivalentes, sendo que cada comunidade indígena poderá ter seu próprio “tribunal”, com juízes eleitos entre os moradores, cujas decisões destes tribunais não poderão ser revisadas pela Justiça comum.

Há ainda o fato da descentralização das normas eleitorais, assim os representantes dos povos indígenas poderão ser eleitos a partir das normas eleitorais de suas comunidades. Ademais, a constituição prevê um Tribunal Constitucional Plurinacional, com membros eleitos pelo sistema ordinário e pelo sistema indígena.

O novo texto prevê, ainda, a divisão em quatro níveis de autonomia: o departamental (equivalente aos Estados brasileiros), o regional, o municipal e o indígena e cada uma dessas regiões autônomas poderá promover eleições diretas de seus governantes. Dentre outras coisas, retira-se o catolicismo como religião oficial e são aceitas várias constituições de família.

A população equatoriana é composta por 14 nacionalidades indígenas distintas, além dos diversos povos indígenas, sendo que as primeiras são identificadas como as coletividades ancestrais anteriores à própria existência do Estado e que vivem em territórios determinados com institucionalidades autônomas, já as segundas são as coletividades originárias conformadas por comunidades com histórias e identidades próprias, espalhadas pelos três tipos de território equatoriano, quais sejam a região serrana, a costeira e a amazônica¹⁹³. A nacionalidade Kichwa é uma das 14 nacionalidades indígenas existentes e a mesma se faz presente em 18 povos indígenas distintos. É um país com cerca de 14 milhões de habitantes composto por hispânicos, indígenas, afroequatorianos, montubios, os quais não gozaram de tratamento constitucional isonômico.

Para esclarecer um pouco, Unnenberg declara que: "A Constituição de 2008 proclama que o Equador é um estado constitucional de direitos e justiça, social, soberano, independente, unitário, plurinacional, intercultural e laico. Não há palavras inúteis nesta

¹⁹³ UNNEBERG, Flávia Soares. **O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à constituição equatoriana de 2008**. IN: WOLKMER, Antônio Carlos; PETERS MELO, Milena (organizadores). *Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino-americano*. Curitiba, Juruá, 2013. p. 127

definição. Há cada termo uma proposta paradigmática de avanços conceituais que justificam sua inserção neste movimento denominado "Constitucionalismo Andino", "Constitucionalismo Transformador" ou "Novo Constitucionalismo Latino-Americano".

Diz ainda : "Diferentemente da Constituição de 1998, o Estado passa a ser mais presente na economia, atuando como seu organizador e planejador. O Estado é unitário, mas também conformado por várias nacionalidades. Da mesma forma, a organização territorial é dotada de regimes especiais a serem criados a depender de razões de conservação ambiental, étnico-culturais ou demográfica¹⁹⁴".

No tocante à participação popular, referendada por um modelo de democracia direta, participativa, preceitua a Constituição o direito à "Consulta popular, referendo, revocatória de mandato e iniciativa legal são mecanismos de participação popular na vida política do país, e a separação tradicional tripartite de poderes de Montesquieu é substituída por cinco Poderes do Estado. Assim, além dos conhecidos Poder Executivo, Legislativo e Judicial, tem-se ainda o Poder Eleitoral e o "Quinto Poder", que é o Poder de Transparência e Controle social, instituição popular de controle administrativo¹⁹⁵.

Finalmente, acerca da plurinacionalidade, a autora revela " o resgate de identidade própria, saindo da concepção reducionista campesina, considerando-se a existência de diversos grupos que compõem o Estado equatoriano, como os afro-equatorianos e as diversas nacionalidades e povos indígenas"¹⁹⁶

A real preocupação aqui é demonstrar que ideias são mudadas ao longo dos tempos, via de regra, em detrimento do povo e da soberania popular. Por isso, é importante desde já, manter uma certa contenção na euforia causada pelo advento dessas novas constituições como bandeira e ilustrar que senão for pautada um 'pensar' diferente que o histórico europeu, as chances desse fervor em pouco tempo se extinguir é muito grande.

Para tanto, um breve tracejado ao longo de algumas ideias tão importantes responsáveis por assegurar, ou não, o enaltecimento e a efetiva participação popular. Empréstam-se conceitos da doutrina clássica para demonstrar como soberania, a ideia de

¹⁹⁴ UNNEBERG, Flávia Soares. **O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à constituição equatoriana de 2008**. IN: WOLKMER, Antônio Carlos; PETERS MELO, Milena (organizadores). *Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino-americano*. Curitiba, Juruá, 2013. p. 132-133

¹⁹⁵ *ibidem* p. 134

¹⁹⁶ *ibidem* p. 136

povo, poder constituinte e da própria organização em volta do contrato social, possuem aplicabilidade diversa daquilo que foram inicialmente pensados.

Segundo Norberto Bobbio, soberania, em sentido lato, aduz a ideia de um poder de mando de última instância dentro de uma sociedade política, de forma que isso signifique a racionalização jurídica do poder, o qual faz com que a força se traduza em poder legítimo e o poder de fato se transfigure em um poder de direito. Soberania, então, estará sempre atrelada à identificação de uma autoridade suprema¹⁹⁷.

Em sentido estrito, o termo surge no final do século XVI ao lado da concepção de Estado cujo escopo é o de definir este último como sujeito único e exclusivo da política. Isso ocorre para atender a demanda do Estado moderno absolutista de impor-se à antiga forma de organização medieval e inaugurar a unificação e a centralização do poder "cuja finalidade seria reunir numa única instância o monopólio da força num determinado território e sobre uma determinada população e, com isso, realizar no Estado a máxima unidade e coesão política"¹⁹⁸.

Essa soberania na Idade Moderna apresenta uma dupla tarefa, a um, internamente, com a missão de ser um mediador político entre os indivíduos e o Estado e de dar fim aos poderes feudais, aos privilégios e às autonomias locais. Afinal, a função precípua do governo é de eliminar guerras privadas e manter a paz. A dois, externamente, diante da inexistência de uma autoridade superior, cabe ao soberano decidir entre a paz e a guerra na arena internacional¹⁹⁹.

Um adendo merece ser feito desde já, o que interessa nesta abordagem histórica, não exaustiva, dos conceitos é demonstrar a roupagem ideológica que eles tendem a carregar a depender da altura histórica que se encontram. Jonatas Machado explana que a "doutrina do contrato surge da necessidade de encontrar uma solução política e jurídica estável e duradoura para as guerras civis religiosas que haviam dilacerado a Europa"²⁰⁰. É, então, sob este prisma que as teorias merecem ser interpretadas.

¹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política** -VOL I. 11 ed. Editora UNB: Brasília, 1998. p. 1179

¹⁹⁸ idem.

¹⁹⁹ idem.

²⁰⁰ MACHADO, Jonatas. **Contrato social e constitucionalismo: Algumas notas**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 68

Nesta apertada síntese, primeiramente, é relevante retomar o conceito de soberania vigente ao longo da Idade Média. Naquela época ela correspondia a Deus e ao rei, mas também poderia se aplicar aos nobres feudais. No entanto, com o passar do tempo, a ideia de soberania real passou a se associar ao poder de decisão judicial em última instância²⁰¹. A soberania, então, ainda mantinha-se repartida, pois os reis não invadiam o exercício soberano de barões e senhores feudais, isso mudou somente quando aos reis foi atribuída a prerrogativa de promulgar ou ab-rogar leis. Nessa esteira, entende-se que "o rei como juiz é medieval, o rei como legislador é moderno"²⁰².

A obra de Jean Bodin foi o grande destaque daquele momento histórico por enfrentar os dois grandes problemas da época: por um lado, a questão das guerras internacionais de comércio e, por outro, os embates religiosos que enfraqueciam as estruturas. "Os seis livros da República", de 1576, foram responsáveis por criar a "representação de uma nação transformada num Estado sob o princípio da unicidade do poder público, um poder supremo, original, primeiro, ao qual pertence o monopólio do direito positivo e da força militar nacional"²⁰³.

Para o autor, a soberania pertence ao Estado e não ao povo, ela é, inclusive a base sobre a qual se apoia toda a estrutura estatal. A partir daí vigora a teoria da transferência da soberania por contrato, sendo que aquele que a recebe passa a possuir um poder perpétuo e absoluto equivalente àquele possuído anteriormente. Todavia, frisa-se que a ideia de absoluto não corresponde à arbitrariedade, pois todo soberano estará subjulgado a algum tipo de lei, seja de ordem religiosa, sejam às leis da natureza, sejam às leis comuns a todos os homens. O rei está acima das leis que promulga, porém, deve manter-se vinculado às questões de honestidade²⁰⁴.

Por tudo, o soberano está acima da lei, mas não está acima do contrato, como se lê a seguir:

A lei depende daquele que detém a soberania, daquele que pode obrigar todos os súditos, mas não pode obrigar-se a si mesmo. A convenção é mútua entre o príncipe e os súditos, obriga as duas partes reciprocamente

²⁰¹ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013.p. 47

²⁰² BEAUD, Oliver apud PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013. p. 48

²⁰³ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. op. cit. p. 48

²⁰⁴ BODIN, Jean. **Los seis libros de la República**. Madrid: Tecnos, 1985.

e nenhuma delas pode infringi-la em prejuízo e sem o consentimento da outra; neste caso, o príncipe não está acima dos súditos²⁰⁵.

Uma última característica que a autora Pinto salienta é o fato de que a unidade do Estado decorre da existência de uma única fonte de Direito positivo. Ou seja, Bodin associa a figura do soberano com a do legislador, dois séculos antes que o próprio Rousseau²⁰⁶, como se discutirá adiante.

Conforme as lições de Hobbes, o teórico do absolutismo, a soberania e o poder constituinte pertencem originariamente ao povo, o qual se une e abdica de sua individualidade e da busca do bem particular de cada um em prol de um governante, que poderia ser um rei ou uma assembleia. Todavia, essa ideia de povo não se prolonga na história, para evitar que haja um permanente soberano sobre si mesmo. Noutras palavras, assim como o povo é capaz de confiar tarefas para um determinado autogoverno, este poderia, a seu bel prazer, anular qualquer delegação concedida.

Por isso, para que se garanta um poder absoluto, o povo é apenas utilizado para legitimar uma transformação de ordem política sem, contanto, aludir a menor ameaça ao exercício do poder estabelecido. O povo é reduzido "à soma inorgânica dos indivíduos que o compõem" e passa a ser apreendido como uma multidão que não possui objetivos próprios, o que, em detrimento do bem comum, estabelece a busca individual - o individualismo radical hobbesiano - pelo bem próprio de cada um²⁰⁷. Assim seria o funcionamento do estado de natureza.

O ímpeto de destruir e dominar o outro não desaparece no estado de sociedade, o que surge, por meio do contrato social celebrado entre todos, é um poder público que regulará um limite para as ações "egoístas" dos homens²⁰⁸. São dois momentos, então, o primeiro, em que todos renunciam a sua liberdade para garantia de sua defesa e da paz e, o segundo, de formação de um poder comum que será assumido por um soberano individual ou coletivo, a partir do qual todos se sentirão autores de tudo que foi feito ou ordenado em nome da comunidade²⁰⁹.

²⁰⁵ ibidem. p. 55

²⁰⁶ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013. p. 53

²⁰⁷ ibidem. p. 60

²⁰⁸ ibidem. p. 61

²⁰⁹ ibidem. p.62

Há uma aparente sensação de que o povo seja capaz, então, de limitar o poder do soberano, o que, no entanto, não prevalece na teoria de Hobbes. Na verdade, esta é a espinha dorsal do seu pensamento como justificativa do modelo absolutista. Segundo seu entendimento, não há a possibilidade do soberano ser injusto ou limitado, simplesmente porque ele não está em uma relação de obrigação com o povo. Quando a multidão se une para ceder o poder, estabelece-se uma relação de comprometimento entre os concidadãos e estes obrigam-se, unilateralmente, com o poder soberano. Na leitura hobbesiana, é o povo quem está vinculado com o soberano e não o inverso.

Aliás, o inverso não poderia, sequer, existir, pois, uma vez cedida a soberania, o povo volta a ser aquela mesma massa inorgânica de outrora, sem objetivos definidos. Outra razão, pela qual o poder soberano, exercido por uma única pessoa ou por uma coletividade, não se obriga em relação ao povo é porque ele, simplesmente, não é parte do contrato social, ele não assume responsabilidades; ele surge, emerge como o grande Leviatã; ele é posterior à simbólica assinatura do contrato²¹⁰.

Na Idade Média, o pacto era firmado entre o povo e o rei, que já existia como forma de expressão da soberania. Nesta nova roupagem teórica, o povo vincula-se entre si, por meio dos indivíduos, e desta união da multidão surge o poder soberano. Dá-se margem, pois, para a afirmação de que neste ponto não há que se falar nem em rei, nem no próprio povo, os corpos ativos da história são os indivíduos, tão somente²¹¹.

Por isso tudo, a célebre passagem: "Numa monarquia, os súditos formam a multidão e (embora isso pareça muito estranho) é ao rei que chamo povo"²¹². Hobbes chega ao ponto de afirmar que o povo, apesar do que possa parecer, não está apenas na gênese da soberania, ele é fundamento de legitimidade e é quem manda em qualquer tipo de Estado, mesmo na monarquia, só que ele manda a partir da vontade de um único homem. O povo se dissocia imediatamente quando se forma a soberania, mas ele renasce em espírito e se recompõe na figura do rei²¹³.

²¹⁰PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013. p.63

²¹¹ibidem. p. 62

²¹² HOBBS, Thomas. **Le citoyen ou les fondements de la politique**. Paris: Garnier-Flammarion, 1982. p. 223

²¹³ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. op. cit. p. 64

Ao disseminar esse entendimento, Hobbes conseguiu obedecer aos preceitos democráticos e ainda estabeleceu as bases do Estado constitucional que é sustentado por uma soberania constitucional que emana do povo. Conforme Michel Villey²¹⁴ destaca o Leviatã não é criado apenas pelo indivíduo, mas também para o indivíduo, ao menos no plano da teoria. Por isso, se, por acaso, o soberano não cumprir sua tarefa de manter a paz e defesa de todos, ele poderia passar a ser um indivíduo como qualquer outro²¹⁵.

Na história da transformação do conceito de soberania, vale um destaque para o pensamento dos chamados monarcômacos, conhecidos por combaterem o absolutismo. Entre suas características gerais pode-se dizer que defendiam o direito dos povos com fulcro no direito positivo e natural; combatiam a monarquia absoluta e eram favoráveis à limitação do poder real; defendiam a soberania do povo, pretendiam uma teoria contratual do Estado e primavam por garantir o direito de resistência com o combate à tirania e acreditavam ainda em uma, eventual, deposição do tirano²¹⁶.

Esse foi um último suspiro da Igreja em manter os privilégios e poderes dos idos medievais. Todavia, diante da efervescência do ideais de secularização do Estado, evocar apenas os preceitos religiosos já não aguçava mais a simpatia de antes. Por isso, em nome do povo se sustentava o entendimento de soberania. O raciocínio era o seguinte: a soberania vem de Deus, porém só chega ao rei pela intervenção do povo. O pacto é aqui compreendido como a vinculação entre o rei e o povo, este se submeterá ao governo daquele desde que mantenha-se fiel às cláusulas contratadas²¹⁷.

Inobservadas as condições, o rei perde a legitimidade de seu exercício de poder. Com este escopo, registram-se dois requisitos da legitimação do Estado moderno constitucional, quais sejam, o povo como aquele que garante o poder real e o povo como beneficiário deste mesmo poder. Entretanto, os avanços teóricos permanecem divorciados da realidade por não se coadunarem com os reais interesses dos que se valiam de tal discurso.

²¹⁴ VILLEY, Michael apud PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013. p.64

²¹⁵ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013. p. 71 e 72.

²¹⁶ CARVALHO, Frank Viana. *Os monarcômacos e as Vindiciae contra Tyrannos*. Dissertação de Mestrado, USP-FFLCH, 2002. p. 24

²¹⁷ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. op. cit. p.75

Segundo o importante estudo de Pinto, há duas razões pelas quais estes monarcômacos mantenham-se mais conectados ao passado medieval do que ao futuro moderno²¹⁸: a uma, recorrem ao conceito de povo como estratégia para a controlar as mudanças no cenário do poder da época, sem reconhecer-lhe qualquer direito. O povo passa a existir, mas os indivíduos permanecem sem existência política e inexistindo indivíduos, não há direitos individuais a serem resguardados. A duas, o bem público a ser garantido está permeado em conceitos religiosos, a tirania seria constatada, pois, diante do conflito entre as leis civis e a lei de Deus.

Ao próximo autor recai a invenção do poder constituinte, Locke promove a ideia de que os homens são capazes de se organizar, ainda que minimamente, já no estado de natureza. Isso porque com a instauração da propriedade existe, desde logo, uma contenção ao instinto apropriativo que permite uma certa convivência civil ordenada. Diante disso, o estado de natureza já demonstra as condições mínimas necessárias para que se conceba uma sociedade de direitos individuais.

Em sua visão, os homens não buscam direitos que não possuíam no estado anterior, o que buscam é que estes direitos permaneçam garantidos e caso não sejam, que haja uma forma eficiente de punição. Com efeito, diz-se que os indivíduos se unem e fundam o Estado primordialmente por temerem que sua propriedade corra risco devido ao processo desigual de concentração e pela ineficiência do direito punitivo natural²¹⁹.

Outro aspecto de interesse, é que Locke concretiza a existência política do povo. Em sua obra, ele distingue o poder constituinte do constituído, os quais assumem as formas do povo e do soberano, respectivamente. A partir do momento que estão claras as finalidades da sociedade política e do governo, acabam por delinear-se, também, os limites do exercício do poder, de modo que o povo assegura sua obediência e o governo também, sob pena de se colocar em estado de guerra com o povo.

Uma vez que o governo não cumpra o fim para o qual foi estabelecido, o poder retorna àquele que o delegou para que noutra tentativa o mesmo seja direcionado a novas pessoas que estejam mais aptas a garantir o interesse de todos. Embora, pareça um

²¹⁸ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013. p. 77

²¹⁹ *ibidem*. p. 79

comprometimento do autor com as pautas populares, segundo Fioravanti²²⁰ a teoria mascara a intenção tendenciosa de manter o velho regime político em detrimento da instituição de um novo. Neste ponto, muito se assemelha aos monarcômacos.

Canotilho explica que o termo poder constituinte em si não foi encontrado nas obras de Locke, o que se depreende é que ele sugeriu a distinção entre o que haveria de ser o poder constituinte do povo compreendido pelo fato do povo poder alcançar uma nova forma de governo e o chamado poder originário do governo e do legislativo como os responsáveis pela confecção e aplicação das leis²²¹.

Didática e resumidamente, assevera Canotilho serem cinco os pressupostos teóricos que indicam este poder constituinte: o estado de natureza possui caráter social; nele já existe uma gama de direitos naturais (property) que antecedem à formação de qualquer governo; o poder supremo é atribuído à sociedade e à comunidade e não a qualquer soberano; o contrato social designa um poder limitado, específico e não arbitrário; apenas o corpo político reunido no povo tem autoridade política para estabelecer a constituição política da sociedade²²².

Locke, ao formular o direito da resistência, inaugurou uma distinção entre poder constituinte e poder originário a qual pugna que os representantes ordinários, ainda que eleitos, não podem modificar procedimentos ou liberdades constitucionalmente garantidas aos indivíduos, sem o consentimento de toda a comunidade. Com efeito, o rei e o parlamento estão vinculados à lei e caso não à obedeçam ou excedam suas jurisdições, o poder será reassumido pelo povo. Conclusivamente, existe um poder constituinte permanente do povo, atrelado à titularidade do poder e, não, necessariamente, ao seu exercício²²³.

Rousseau, a seu turno, asseverava que a vida coletiva perpassava o processo de cada um unir-se com todos, de forma que não se falasse em obediência a um terceiro, senão a si próprio, como um dos detentores proporcionais da soberania como um todo. De

²²⁰ FIORAVANTI, Maurizio apud PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013. p. 81 e 82.

²²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 72 e 73

²²² ibidem. p.73

²²³ BRITO, Miguel Nogueira de. A Constituição Constituinte. Ensaio sobre o poder de revisão da Constituição. p.16

modo mais explicativo, a soberania seria exercida pelo coletivo político, do qual todos fazem parte igualmente e possuem a mesma cota no exercício do poder soberano. O contrato social não implica em concessão da liberdade individual, pelo contrário, o objetivo é que os homens mantenham-se tão livres como no estado de natureza.

Sob o olhar de Rousseau, uma pessoa jamais poderá dispor de sua liberdade e de sua vida, como faz com seus bens, por exemplo, pois ela não poderia transferir a um terceiro os dons essenciais da natureza, isso degradaria o seu ser²²⁴. Um povo que se comprometa a obedecer, pura e simplesmente, acaba por se diluir por este ato, "perde sua qualidade de povo"²²⁵.

Sistematicamente, Marnoco e Souza escreve que a teoria de Rousseau reduzia-se aos seguintes pontos cruciais: a soberania reside essencialmente no indivíduo, com isso, todos eles são igualmente soberanos e possuem o domínio absoluto sobre si mesmos; no contrato social, todos estes poderes individuais são absorvidos pelo corpo político na expressão do domínio absoluto de todos em prol da vontade geral; a soberania, é, por assim

²²⁴ Marnoco e Souza esclarece, *ipsis literis*:

Toda esta construção assenta sobre o modo como, segundo Rousseau, se constitui o Estado. Durante muito tempo, os homens viveram no chamado estado de natureza, de verdadeira selvajaria, mas de perfeita felicidade. Esta felicidade, que aumentou com o desenvolvimento do homem, veio a ser comprometida pela invenção da metallurgia e da agricultura, que produziram a desigualdade, a propriedade individual do solo, a riqueza, a miséria, as rivalidades, as paixões, e a mais terrível desordem. Entraram assim os homens num período de conflictos constantes, que terminavam frequentemente por combates e assassinatos.

Para sahir deste estado, tão prejudicial, os homens procuraram reunir as suas forças oppostas e dispersas, associando-se, em lugar de se hostilizar. Mas, para se associar, é necessário comprometter a liberdade, e a liberdade é inalienável, no intender de Rousseau. Daqui a difficuldade de conciliar a necessidade da união com a necessidade da liberdade. Só se pode resolver o problema, encontrando uma forma de associação que proteja a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um unindo-se aos outros não obedeça senão a si mesmo, ficando tão livre como antes. A associação que corresponde, segundo Rousseau, a estas condições, é a da alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade, pois cada um, alienando-se a todos, não se aliena a ninguém, adquirindo o equivalente do que perde com a força de conservar o que tem. Assim se formaram os Estados.

MARNOCO e SOUZA, José. Direito Político. Coimbra, 1910. p.18

²²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 84

dizer, a vontade popular refletida como a expressão numérica²²⁶ da maioria dos cidadãos²²⁷.

A redefinição da autoridade política como expressão da vontade geral indicava que ela seria tanto a fonte como o objeto da autoridade soberana. Por fonte, entende-se que era a própria soberania do povo e, por objeto, acarreta-se a ideia de tratamento isonômico perante a lei²²⁸.

Finalmente, sobre Sieyès, Cantotilho aclara que, ao passo que o poder constituinte em Locke surge associado ao poder de resistência, neste caso, ele associa-se à luta contra a monarquia absoluta. Denota que sua teoria é chamada de desconstituinte e reconstituinte, isto porque, antes de existir o poder constituinte é necessário ir contra à forma monárquica, só, posteriormente, será necessária uma reorganização a fim de reconstruir a ordem jurídico-política²²⁹.

O autor também anuncia os dois momentos fundamentais da teoria do poder constituinte de Sieyès, como sendo o poder constituinte da nação entendido como poder originário e soberano e a plena liberdade da nação para criar uma constituição, porque a esta, ao fazer uma obra constituinte, não se aplicam quaisquer formas, limites ou condições pré existentes. Em suas palavras aduz que:

O poder constituinte da Nação entende-se agora como poder reconstituinte informado pela ideia criadora e projectante da instauração de uma nova ordem política plasmada numa constituição. Os poderes conformados e regulados por esta constituição criada pelo poder constituinte (inclusive o poder de rever ou emendar a constituição - poder de revisão) seriam poderes constituídos²³⁰.

Pinto esquematiza que no pensamento do francês são três os momentos na formação da sociedade política cujo primeiro demanda a existência de um número

²²⁶ Por equiparar a vontade geral aos interesses comuns dos membros da sociedade, Rousseau viu a necessidade de diferenciá-la da vontade da maioria. Assim, só se atingiria a vontade geral mediante a participação individual e constante, dos cidadãos, no exercício de sua respectiva fração de soberania, em deliberações coletivas. Nestas oportunidades a comunicação entre os indivíduos se dá por meio da vontade geral que, ao mesmo tempo que os subordina a todos, permite que só obedeçam a si próprios.

CARNEIRO, Anna Carolina. **Soberania: um novo conceito ou uma readaptação aos novos tempos**. Coimbra. Dissertação de mestrado. 2006. p.38

²²⁷ MARNOCO e SOUZA, José. *Direito Político*. Coimbra, 1910. p. 17

²²⁸ CARNEIRO, Anna Carolina. *op. cit.* p.38

²²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 73

²³⁰ *idem*.

suficiente de indivíduos que queiram se reunir e a partir daí, já formam uma nação. No segundo momento, acordam sobre as necessidades públicas e as formas de provê-las. Porém, como são muitos e espalhados pelo território, surge a necessidade de delegar, em certa medida, o poder, altura que aparece a constituição. O terceiro, ao fim e ao cabo, passa a imperar a vontade da nação mediada pela vontade dos seus representantes²³¹.

A constituição serve para estabelecer condições para efetivar o poder que delega, por isso, ela é um "conjunto de cláusulas que o povo-nação impõe ao corpo dos delegados com a exigência de sua estrita observância por parte desse corpo como *conditio sine qua non* para ele poder continuar a representar uma vontade que não é originariamente sua"²³².

Frisa-se ainda que a constituição que subjulga os corpos constituídos não possui o mesmo poder sobre a nação soberana, da qual todo poder emana, pois ela se estabelece com fulcro no direito natural e, portanto, jamais ficará sujeita a qualquer outro direito²³³. "Não existe nenhuma vontade anterior e superior à vontade constituinte da nação. E quem tem o direito (natural) de fazer a constituição tem igualmente o direito (natural) de a modificar ou trocar por outra"²³⁴.

Findo o percurso acerca das teorias expostas, algumas questões ainda merecem atenção especial, por exemplo a imprescindibilidade de distinguir o conceito de soberania

²³¹ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013. p. 100

²³² idem.

²³³

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. A sua vontade é sempre legal, ela é a lei de si própria. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos formar uma ideia correcta da sucessão de leis positivas que apenas podem emanar da sua vontade, teremos em primeira linha as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos activos. Estas leis são ditas fundamentais, não no sentido de poderem tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e atuam em virtude delas não podem tocar-lhes. Em cada uma das suas partes a constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode alterar as condições de sua própria delegação. É deste modo, e não de outro, que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, aquelas que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de toda a constituição; elas formam o seu primeiro grau, As segundas devem igualmente ser estabelecidas por uma vontade representativa especial.

SIEYÈS, Emmanuel apud BRITO, Miguel. **A constituição constituinte - Ensaio sobre o poder de revisão da constituição**. Coimbra Editora: Coimbra, 2000. p. 72

²³⁴ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. op. cit. p. 102

nacional e popular²³⁵. Sieyès avoca o termo nação, entretanto, atualmente, está pacífico que o constitucionalismo democrático filia-se à ideia de soberania do povo.

Enquanto Rousseau partia da premissa do princípio da igualdade entre os membros da sociedade no processo de criação das leis, Sieyès, a fim de afastar o poder da nobreza e do clero, conceituava a nação como um "corpo de associados, que vivem sob uma lei comum e são representados pela mesma legislatura". Desta maneira, afirmava que a soberania residia na nação e, por conseguinte, deveriam ser escolhidos os responsáveis por compor o poder legislativo com o fito de elaborar as leis que submeteriam a todos igualmente²³⁶.

Maria Lúcia Amaral esclarece que o conceito de soberania nacional tinha um condão excludente. Nação indica mais do que o grupo de homens e mulheres em um mesmo território, ela também abarca a comunhão de uma língua comum, tradições e elementos que construam o ser coletivo, o que faz com que ela seja transpessoal e metafísica. A incidência da soberania nacional respondia a uma necessidade de que a validade da ordem do Estado deveria estar dentro da comunidade política, sem, contudo, significar a participação ampla²³⁷.

Na verdade, sob a égide da soberania nacional justificava-se, por exemplo, o sufrágio restrito. A alteração para a soberania popular baseia-se, agora, no conceito de povo, o qual não é nem indeterminado, nem metafísico e se refere ao direito de participação de todos indiscriminadamente. Este é o coração da ideia contemporânea da democracia: "tratar todos os cidadãos de modo igual, no que diz respeito à sua igual capacidade para ser parte da vida coletiva"²³⁸.

²³⁵ Detidamente, acerca da soberania popular, Marnoco e Souza, anunciava que seus vestígios iniciais encontravam-se na antiguidade clássica, com os gregos e romanos, entretanto foi pouco frutífera na Idade Média. De acordo com seus ensinamentos, as condições específicas das cidades italianas na luta contra o direito imperial, barões, papas e bispos foram terreno fecundo para sua clara afirmação. Desta feita, Marsílio de Pádua²³⁵ sustentava que o poder legislativo pertence à universalidade dos cidadãos, ou, pelo menos, à sua melhor parte.

MARNOCO e SOUZA, José. Direito Político. Coimbra, 1910. p. 16 e 17.

²³⁶ CARNEIRO, Anna Carolina. **Soberania: um novo conceito ou uma readaptação aos novos tempos.** Coimbra. Dissertação de mestrado. 2006. p.39

²³⁷ AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da República - Uma introdução ao estudo do direito constitucional.** Coimbra Editora: Coimbra, 2012. p. 201 e 202.

²³⁸ ibidem. p. 203

O que se entende, portanto, é que aquela ideia de soberania popular rousseauiana, ou ainda a soberania fracionada, como também era chamada por "conduzir a uma representação igualmente fracionada em que cada cidadão é detentor de uma parte do mandato que os eleitores conferem aos eleitos"²³⁹, foi afastada em prol da tese da soberania nacional desde a Revolução Francesa (1798), a qual, a seu turno, atendia aos anseios da burguesia liberal ao inculcar o ideário de que o voto não era um direito, mas sim, um dever imposto aos mais aptos²⁴⁰.

A Constituição de 1791, da França, então, positivou a soberania nacional, pois não era crível que a soberania popular, associada à democracia direta, fosse possível em um país com aquelas dimensões, sendo imperativo um sistema baseado na representação. Essa constituição apenas refletiu o marco histórico da passagem da soberania do monarca para a nação. Contudo, pouco durou. A Constituição de 1793 já alterou a terminologia para povo²⁴¹.

É bastante relevante, pois, destacar algumas palavras para conceituar a noção de povo. Jónatas Machado elaborou uma valiosa digressão histórica do conceito de povo desde suas acepções bíblicas, perpassando os conflitos religiosos, os gregos, romanos até a fundação do Estado Moderno e já alertou para as dificuldades em defini-lo, isto por que aos longo dos séculos, ele foi utilizado para satisfazer necessidades práticas determinadas por questões políticas e não exigências do conhecimento teórico, ademais, nenhuma palavra possui sentido único e definido, com isso, os conceitos exercem diferentes funções em diferentes contextos²⁴².

Diz-se que o povo é a comunidade política organizada, formada pelos indivíduos que possuam uma peculiar relação jurídica com o Estado, a relação de cidadania. Segundo Jorge Miranda: "o Estado consiste, primeiro que tudo, numa comunidade de homens, num

²³⁹ BRITO, Miguel. **A constituição constituinte - Ensaio sobre o poder de revisão da constituição.** Coimbra Editora: Coimbra, 2000. p. 355

²⁴⁰ idem

²⁴¹ CARNEIRO, Anna Carolina. **Soberania: um novo conceito ou uma readaptação aos novos tempos.** Coimbra. Dissertação de mestrado. 2006. p. 40.

²⁴² MACHADO, Jonatas. **Dicionário da administração pública VI.** Lisboa, 1994. p. 434

povo. Constituem-no aqueles homens que o seu Direito reveste na qualidade de cidadãos ou súditos e que permanecem juntos em obediência às mesmas leis"²⁴³.

Canotilho atenta para o conceito de povo como plurívoco e o apreende no sentido político como o "grupo de pessoas que agem segundo ideais, interesses e representações de natureza política". Nega, deste modo, os conceitos naturalísticos, étnicos ou racionais os quais o caracterizavam pela origem, língua e/ou cultura comum²⁴⁴. Salienta também que o povo político engloba o povo ativo, o corpo eleitoral, o povo maioritário, o minoritário e também o impolítico²⁴⁵. Conclui que somente o "povo real - concebido como comunidade aberta de sujeitos constituintes que entre si 'contratualizam', 'pactum' e consentem o modo de governo da cidade -, tem o poder de disposição e conformação da ordem político social"²⁴⁶.

Em sede de síntese conclusiva deste tópico, é cabível citar a passagem esquematizada por Machado e dizer que no que se refere ao poder constituinte, a teoria do contrato afirma a constituição como expressão da soberania popular o que implica que a esta é oriunda da concepção pluralística de povo, como o conjunto de indivíduos livres e iguais ligados entre si e ao Estado pelo vínculo da cidadania, portanto, não se pode confundir a soberania popular com uma manifestação de vontade proveniente de uma maioria política conjuntural.

²⁴³ MIRANDA, Jorge apud MACHADO, Jonatas. **Dicionário da administração pública VI**. Lisboa, 1994. p. 435

²⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 75

²⁴⁵ Vale a pena transcrever a explicação do autor:

O conceito de povo político não se reconduz à ideia de povo activo no sentido de minorias activistas autoproclamadas em representantes do povo e agindo por "consentimento tácito" deste (concepção "realista" de povo). O povo plural também não se identifica ainda com o corpo eleitoral ou povo participante nos sufrágios tal como é definido pelas leis (designadamente leis eleitorais) e pela constituição. (...)

O povo político diferencia-se do povo maioritário. Em termos mais rigorosos: o povo maioritário pertence ao povo político mas não o esgota. O facto de as decisões políticas serem, na generalidade dos casos, tomadas por maioria e valerem como decisão do povo, não deve fazer esquecer-nos que as minorias que votaram contra, se abstiveram ou não compareceram ao sufrágio continuam a ser povo político. Povo político será também o povo impolítico, isto é, os grupos de indivíduos situados nas margens da modernidade periférica e reduzidos a meros corpos do sistema de diferenciação funcional da sociedade (Ralph Christensen).

ibidem. p. 76

²⁴⁶ idem

Além disso, a constituição emerge como norma superior de todo ordenamento e é o pressuposto de validade das outras normas, sendo que o poder constituinte é limitado por princípios fundamentais de liberdade, igualdade, justiça e reciprocidade²⁴⁷. Um governo democrático, por assim dizer, implica que

os problemas sociais sejam resolvidos por procedimentos sociais racionais, em que os indivíduos possam debater em conjunto, examinando as questões a partir de vários ângulos, propondo soluções, apresentando livremente as suas razões, demonstrando, provando e persuadindo, em subordinação ao direito e ao controlo da opinião pública²⁴⁸.

Pronuncia Karl Loewenstein que com fulcro nas teorias de soberania do povo e do poder constituinte de Sieyès, foi seguido um procedimento específico para a adoção de uma constituição escrita, qual seja, a eleição de uma assembleia nacional constituinte e, via de regra, uma posterior consulta popular para sua ratificação. Aceita-se, quase que universalmente a necessidade de uma constituição escrita para a organização estatal, mesmo quando se considerar os governos autoritários²⁴⁹.

O constitucionalismo depara-se com o antigo problema do Direito Positivo: a incapacidade de prever todas as circunstâncias que envolvam a vida social e a incapacidade, óbvia, de prever o futuro. Por isso, ainda que as constituições sejam consideradas organismos vivos em constante relação com as dinâmicas da vida, são imprescindíveis os mecanismos de reforma e de mutação constitucional para que este ramo do direito mantenha-se em consonância com a realidade²⁵⁰.

Este deslinde histórico de ideias jurídicas demonstra então que, por mais que a intencionalidade de institutos jurídico-sociais seja das melhores, quando do plano teórico, muitas vezes, no plano da eficácia social, elas podem ficar relegadas aos interesses dos governantes e elites privilegiadas.

Alguns pontos merecem destaque, nessa toada, primeiro que a inovação positivada já é válida para a América Latina, por significar um despontamento, nunca visto, em direção uma certa emancipação do pensamento - como já pontuado várias vezes,

²⁴⁷ MACHADO, Jonatas. **Contrato social e constitucionalismo: Algumas notas**. Coimbra: Almedina, 2012 p. 71 e 72.

²⁴⁸ MACHADO, Jonatas. **Contrato social e constitucionalismo: Algumas notas**. Coimbra: Almedina, 2012 p. 78.

²⁴⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria da constituição**. 2. ed. Ariel: Barcelona, 1976. p. 160 e 161.

²⁵⁰ *ibidem*. p. 164

seria a América Latina deixar de ser o "outro", o "sem voz", para passar a protagonizar as narrativas de sua própria história.

Outra consideração é de que, se historicamente, aqueles à frente das instituições que não permitem a eficácia social de ideias sociais comprometidas com a plena consecução dos Direitos Humanos, a partir do momento que setores das camadas oprimidas acendem a esses cargos de poder, é, provável - é, pelo menos, esperado - que algumas mudanças sejam assistidas.

Por ora, a pesquisa recai mais no plano teórico do que numa leitura de dados reais das composições sociais, principalmente de Bolívia e Equador, isso porque os traços indicadores desse movimento constitucional são recentes, de forma que as implicações no seio social, começam, agora, a serem objeto de estudo por doutrinadores. Fica desde já, o interesse em continuar a acompanhar os caminhos trilhados pela América Latina e registrada a importância dos olhares acadêmicos por ela tutelarem para que as heranças coloniais negativas permaneçam como um passado distante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação pretendeu trazer o novo constitucionalismo latino americano para o centro da investigação jurídica como objeto autônomo do conhecimento pautado pelas linhas teóricas do pós colonialismo e do descolonialismo. O que se almeja é buscar novos sujeitos capazes de protagonizar as grandes narrativas a fim de descortinar relações de poder, ainda, orindas do tempo colonial e dos reflexos de novas formas de colonialidade na atualidade.

Com este escopo, traçou-se um percurso histórico da 'chegada' do constitucionalismo no continente americano, as influências europeias, principalmente do direito da península ibérica. Contudo, nota-se que a doutrina é escassa quando se propõe uma leitura não eurocêntrica sobre o tema, se tratando de um campo passível de muita produção acadêmica.

O objeto central, o novo constitucionalismo, foi analisado do ponto de vista da necessidade de se pensar novas correntes de pensamento jurídico dado o esgotamento das antigas. Nesse sentido, a formalidade jurídica tem sido objeto central da teoria predominante do Direito: o positivismo jurídico. Este modelo tradicional possui como características a aproximação entre Direito e norma; o zelo pela cientificidade do Direito; uma atuação tecnicista do aplicador, ao lado da naturalização da imparcialidade e neutralidade.

Outra perspectiva é a proposta pelo jusnaturalismo. Como, brevemente, estudou-se, esta corrente visava fundamentar e explicar a existência de um Direito Natural cujo conteúdo seria uma ordem de princípios eternos, absolutos e imutáveis. Entretanto, o cenário que surgiu com o Estado liberal somado aos estudos constitucionais e aos movimentos pela codificação do Direito houve a incorporação dos direitos naturais nos ordenamentos jurídicos positivos, o que evidenciou o apogeu e o declínio da doutrina que se discute.

Há quem afirme, então, que as características positivistas não mais cumpram o que se espera do Direito como instrumento de justiça. Desta forma, afirmam existir uma crise do positivismo jurídico.

Essa crise reflete uma necessidade de rupturas com antigos paradigmas e a proposta de novos. Apresentam-se, assim, o pluralismo e o neoconstitucionalismo. O primeiro abrange não só o Direito, pois há ideias de pluralismo nacional e sociológico, que acumulam para consagrar o próprio pluralismo jurídico. Dele emana a ideia de que não há que se conceber um Direito uniformizador da sociedade, em que há só um centro donde irradiam todas as leis. Isto vai de encontro ao monismo jurídico e é a base dos estados plurinacionais inaugurados recentemente na América Latina.

O segundo, o neoconstitucionalismo, se trata de uma teoria de Direito que data do pós Segunda Grande Guerra, propõe uma mudança no conceito de Direito, bem como de sua interpretação, introduz elementos axiológicos. Trata-se de um abandono das idéias provenientes do constitucionalismo liberal e que transgredem ao tentar garantir materialmente direitos fundamentais para todos por meio da supremacia da constituição, da positivação dos referidos direitos e pela adoção de princípios para guiar a hermenêutica jurídica.

O novo constitucionalismo renova as aspirações do constitucionalismo ao atribuir força normativa àquele diploma e ao tornar a defesa dos direitos fundamentais seu desígnio maior. Fazer valer a dignidade humana passa a ser uma obrigação do ordenamento jurídico como um todo.

Ainda na seara das rupturas de paradigmas, pôde-se percorrer o pós-positivismo, em que pesem as críticas à nomenclatura. Este é inspirado na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. A legalidade estrita é superada, mas não negada, visto que o que se propõe é uma leitura moral dos textos positivados. Nesse sentido, há relevância para a interpretação baseada nos princípios, os quais se diferenciam das regras, bem como a formação de uma nova hermenêutica jurídica e ainda a formulação de uma teoria dos direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana.

Por todo o exposto, pode-se concluir a existência de um momento histórico que busca novas formas de se conceber a realidade e, neste diapasão, o próprio Direito. Uma proposta que tem se alinhado ao neoconstitucionalismo e ao pós-positivismo é o novo constitucionalismo latino americano, porém, não se confunde com os dois primeiros. Este designa momento de passagem dos regimes autoritários para os democráticos na América

Latina. Suas características são o reconhecimento de uma grande quantia de direitos, dentre eles: direitos sociais, culturais e ambientais; a delimitação de conteúdo com base em padrões mais avançados de direito internacional e direitos humanos, bem como a melhoria desses referidos direitos; previsão de novas formas participativas, tanto nas instituições como fora delas, podendo ser na vida econômica ou comunitária; consagração de mecanismos para o controle público; e, o reforço da unidade e da autonomia da América Latina.

Importante é compreender o movimento constitucional e as diferenças decorrentes de nomenclaturas parecidas, como o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino americano.

Para além disso, o novo constitucionalismo indica uma nova proposta democrática, uma vez que a democracia majoritária tem se refletido como uma democracia eleitoral, ou seja, que tem buscado institucionalizar a representatividade política, deixando de lado, entretanto, o povo, titular da soberania. Legitima-se, então, a democracia na sua perspectiva participativa.

A última tarefa da presente dissertação foi demonstrar a preocupação desse movimento constitucional em promover meios de participação popular, reformular as instituições e refundar o próprio conceito de Estado ao reconhecer a plurinacionalidade, especialmente, no caso da Bolívia, o que pretende gerar uma participação no seio da vida política mais efetiva e plena, garantir representações de grupos historicamente excluídos e, até mesmo, legitimar a justiça comunitária em certos casos.

Apesar de todo o entusiasmo que ronda o estudo do assunto, bem se sabe que é preciso ter prudência e entender que os avanços ou retrocessos, os acertos e erros desses novos diplomas legais somente serão reconhecidos ao longo do tempo e que, apesar de tudo, até o momento, a situação nos países latino americanos continua delicada em todas as esferas, nem mesmo as democracias estão garantidas. A história já mostrou que avanços na letra da lei, nem sempre se reverberam na vida do cidadão.

Entretanto, o campo de investigação é fértil e carece de muita atenção por parte da melhor doutrina. Pretendeu-se, aqui, ser um estudo genérico e inicial sobre o tema, com base na literatura mais recente, são evidentes, todavia, as necessidade de aprofundamentos

e conexão com os clássicos do Direito, tudo em prol de uma América Latina livre e emancipada.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da República - Uma introdução ao estudo do direito constitucional**. Coimbra Editora: Coimbra, 2012.

ARMENGOL, Carlos Manuel Villabella. **Constitución e democracia em el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Disponível em: <<http://187.188.167.138:82/blogvillabella/revista25.pdf>> Acesso em: 30 de mar de 2016.

ASCHROFT, Bill; Griffiths, Gareth; Tiffin, Helen. *Key concepts in post-colonial studies*. 2ed. London: Routledge, 2007.

ALVES, Marina Vitório. **Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289>. Acesso em: 8 de fev de 2016.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência**. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)*, n. 17. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jan.-mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 18 junho de 2016.

BALDI, César Augusto. **Novo constitucionalismo latino-americano**. *Estado de Direito*, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011. Disponível em <<http://pt.slideshare.net/Estadodedireito/estado-de-direito-32-edio>>. Acesso em: 14 de maio 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 15, jan.-mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 5 abril 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BELO, Enzo. **Seminário Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=Di3GIFJ7BPA>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política -VOL I**. 11 ed. Editora UNB: Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la República**. Madrid: Tecnos, 1985.

BOLÍVIA, Constitución Política del Estado de 24 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf>. Acesso em 23 de mar de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **A Democracia Participativa como Alternativa Constitucional ao Presidencialismo e ao Parlamentarismo**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, nº 3, 2003.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natália Martinuzzi. **A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino americano**. In VAL, Eduardo Manuel; BELO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo.

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Pachamama e Sumak Kawsay)**. Dissertação de Mestrado: Recife, 2013.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A Constituição Constituinte. Ensaio sobre o poder de revisão da Constituição**. Coimbra Editora: Coimbra, 2000.

BROTTO, Alexia Rodrigues. **Pluralismo jurídico indígena: a emergência de um novo paradigma para além do direito positivo**. Direito e Humanidades. Revista USCS – Direito – ano X - n. 16 – jan./jun. 2009. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/872/725>. Data de acesso: 4 de fev de 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Anna Carolina. **Soberania: um novo conceito ou uma readaptação aos novos tempos**. Coimbra. Dissertação de mestrado. 2006.

CARVALHO, Frank Viana. **Os monarcômacos e as Vindiciae contra Tyrannos**. Dissertação de Mestrado, USP-FFLCH, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 12ª- edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón. **Prólogo**. Giro decolonial, teoria crítica y pensamiento heterárquico. IN: CASTRO-GÓMES, Santiago; GROSFUGUEL,

Ramón (eds.) El Giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 2007.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **La poscolonidad explicada a los niños**. Editorial Universidad del Cauca, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico**. Traducción de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

CORONIL, Fernando. **Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo**. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 50-61. (Colección Sur Sur).

CYRILLO, Carol. **Seminário Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=hp1AKcpmwBo>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília. 2001.

DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución**: entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011.

DALMAU, Ruben Martínez. **El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución**: entre el constitucionalismo criollo e el nuevo constitucionalismo. "In" El legado de las Cortes de Cadíz. Coord. TROBAT, Pilar Garcia; FERRIZ, Remédio Sanchés. Valência: Tirant Lo Blanch, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico –político. v.2. São Paulo: Método, 2006.

Disponível em:

<https://www.academia.edu/13426831/Da_teor%C3%A0_pol%C3%ADtica_a_perspectiva_p%C3%B3s_colonial_nos_estudos_de_rela%C3%A7%C3%B5es_internacionais_e_direito_internacional>. Acesso em 1 de jun de 2016.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2 ed. São Paulo: Landy, 2010. Págs 208-229

DUSSEL, Enrique. **1492: O encobrimento do Outro (ou origem do “mito da modernidade”)**. Trad. de Jaime A. Claesen. Petrópolis: Vozes, 1993

EQUADOR. **Constitucion Política Del Ecuador**, de 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>>. Acesso em: 5 de mar de 2016

ESQUIROL, Antonio Blavia. **Evolución del pensamiento político**. Caracas: Equinoccio, 1992, p. 89-90.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigonyen. **Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos**. *Revista El Otro Derecho*, n. 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004. p. 171-196. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>>. Acesso em: 18 de junho de 2016.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización**. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord). *El Derecho en América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI*. Argentina, 1ª ed,

GALINDO, George Rodrigo Bandeira; RORIZ, João Henrique Ribeiro. **Da teoria à política: a perspectiva pós-colonial nos estudos de relações internacionais e direito internacional.**

GALUPPO, Marcelo Campos. **A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo.** Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, 2002. 7 folhas. (mimeograf.). p.5. Disponível em: <http://webdav.sistemas.pucminas.br:8080/webdav/sistemas/sga/20102/338466_A%20epistemologia%20jur%C3%ADdica%20entre%20o%20positivismo%20e%20o%20p%C3%B3s-positivismo.pdf>. Acesso em 2 de abr de 2016.

GARGARELLA, Roberto. **Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the constitution.** Estados Unidos: Oxford University Press, 2016.

GRIBOGGI, Angela Maria. **Pluralismo jurídico e a crise do positivismo jurídico no Brasil.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/angela_maria_griboggi.pdf> Acesso em: 4 de fev de 2016.

GUASTINI, Riccardo. **La Constitucionalización del ordenamiento jurídico,** en Carbonell, Miguel (ed.), Neoconstitucionalismo(s), México, UNAM-11J, 2003.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re) Pensando a pesquisa jurídica.** Teoria e Prática. Del Rey: Belo Horizonte, 2002.

HELD, David. **Modelos de democracia.** Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

HOBBS, Thomas. **Le citoyen ou les fondements de la politique.** Paris: Garnier-Flammarion, 1982.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria da constituição**. 2. ed. Ariel: Barcelona, 1976.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MACHADO, Jonatas. **Contrato social e constitucionalismo: Algumas notas**. Coimbra: Almedina, 2012.

MACHADO, Jonatas. **Dicionário da administração pública VI**. Lisboa, 1994.

MAGALHÃES, José Antônio Rego; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. **Pós-colonialismo, descolonialidade e marxismo: um mapeamento das relações entre os aportes filosóficos do novo constitucionalismo latino americano**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a364e18ae6f4ed11>>. Acesso em 12 de jun de 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Democracia e Constituição: a alternativa plurinacional boliviana**. Não publicado. [sem página]

MARNOCO e SOUZA, José. **Direito Político**. Coimbra, 1910.

MARQUES JR., William Paiva. **Notas em torno do valor democrático no novo constitucionalismo latino americano**. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11830/1/2014_art_wpmarquesjunior.pdf>. Acesso 10 de jun de 2016.

MELLINO, Miguel. **La crítica poscolonial: descolonización, capitalismo y cosmopolitismo en los estudios poscoloniales**. Buenos Aires: Paidós, 2008.

MELO, Milena Petters. **As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: neoconstitucionalismo?** In: *Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas*.

MIGNOLO, Walter (2005a). **The Idea of Latin America**. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

ORTIZ-ALVAREZ, Luis A.; LEJARZA, Jaqueline. **Constituciones latinoamericanas**. Caracas: Academia de Ciências Políticas y Sociales, 1997.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rúben Martínez. **Se puede hablar de um nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** **Disponível em:** < <http://www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 29 de mar de 2016.

PETTERS, Milena. **As recentes evoluções do constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo?** IN: WOLKMER, Antônio Carlos; PETTERS MELO, Milena (organizadores). *Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino-americano*. Curitiba, Juruá, 2013.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **O poder constituinte - do tempo das Pátrias à era da globalização**. Juruá Editorial: Lisboa, 2013.

PISSARELO, Gerardo. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y La constitución venezolana de 1999: balance de una década**. Disponível em: < <http://www.rebelion.org/docs/96201.pdf>>. Acesso em: 29 de mar de 2016. [sem página]

PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento). *A Democracia na América Latina rumo a uma democracia de cidadãs e cidadãos*. Tradução: Mônica Hirts. Santana do Parnaíba, SP: LM&X, 2004.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade, poder, globalização e democracia**. *Revista Novos Rumos*, ano 17, n. 37, p. 4-28, 2002. Disponível em: <http://www.4shared.com/office/OPmj2S0l/anbal_quijano_-_colonialidade_.html>. Acesso em: 13 mai 2016.

RIBAS, José. **Seminário Reflexões sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=Di3GIFJ7BPA>>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**. 5ªed. Portugal:Europa-America, 2003.

SAID, Edward W. **Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente**. Trad. de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito, 2011, p.75. Disponível em: <<http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em: 11 de jun de 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 55 e ss; BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. 16ª ed., Porto: Edições Afrontamento, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Do pós moderno ao pós colonial**. Disponível em <http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf>.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O Estado, as relações salariais e o bem-estar social na semi-periferia: o caso português**. In: Portugal um retrato singular. Porto: Afrontamento, 1993.

SILVA, Mayra Goulart da. Participação e representação: um estudo crítico das constituições de Brasil, Venezuela, Equador e Bolívia. Disponível em: <http://www.direito.ufrj.br/ppgd/images/_PPGD/pdf/MIOLO_RJ5_Revisado.pdf>. Acesso em 5 de jun de 2016.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Trad. de Sandra Regina Goulart Almeida; Marcos Pereira Feitosa; André Pereira Feitosa. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2010a.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, **Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discricionariedade dos Juízes”**. *Anima*: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, ano I, n. 1. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2016.

TIERNO, Patricio. **Aristóteles: a teoria política da constituição e a deliberação**. 2008. 305 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, pp. 14 e 260. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../TESE_PATRICIO_TIERNO.pdf>. Acesso em: 5 de set. de 2015.

UNNEBERG, Flávia Soares. **O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à constituição equatoriana de 2008**. IN: WOLKMER, Antônio Carlos; PETERS MELO, Milena (organizadores). Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo latino-americano. Curitiba, Juruá, 2016.

UPRIMINY, Rodrigo. **Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina:** tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). El Derecho en América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Argentina, 1. ed, 2011.

VENEZUELA, Constitución Política de República Bolivariana de Venezuela, de 1999. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Acesso em 5 de abr de 2016.

VIEIRA, José Ribas; RODRIGUES, Vicente A. C.. Refundar o Estado: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3.ed. ver e atual. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese das ideias jurídicas:** da Antiguidade Clássica à Modernidade. 2ªed. rev. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.