

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: características e distinções em relação ao neoconstitucionalismo

Vanessa Estevam Alves

Faculdade Sete de Setembro, Paulo Afonso, Brasil

Jadson Correia de Oliveira

Pontifícia universidade Católica, São Paulo, Brasil

jadson_correia@hotmail.com

RESUMO

O artigo em questão visa analisar as características dos movimentos constitucionais, para, posteriormente, tecer considerações acerca do objeto de estudo, as diferenças existentes entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano. Inicialmente, o trabalho científico faz considerações acerca das origens do constitucionalismo, desde o constitucionalismo primitivo até o constitucionalismo moderno, passando então a identificar as principais características do neoconstitucionalismo e do novo constitucionalismo latino-americano, neste último caso dando ênfase ao Pluralismo Jurídico e ao Estado Plurinacional. Para a realização do artigo foi utilizado o método dialético, tomando-se por base pesquisas doutrinárias e artigos correlacionados. Ao final, além de apresentar as diferenças a qual se propõe, sustenta a inconsistência do Pluralismo Jurídico dentro do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Origens do Constitucionalismo; Novo Constitucionalismo Latino-Americano; Pluralismo Jurídico; Estado Plurinacional; Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the characteristics of constitutional movements in order to build considerations about the study subject, the differences between neo-constitutionalism and new Latin-American constitutionalism. Initially, the scientific research presents a discussion about the origins of constitutionalism, since the primitive constitutionalism until the modern one, in order to identify the main features of the neo-constitutionalism and the new Latin-American constitutionalism, emphasizing, in this last part, the Legal Pluralism and the Multinational State. To conduct this study, it was used the dialectic method, based on doctrinal researches and articles related to the topic. Finally, besides presenting the proposed differences, it sustains the inconsistency of Legal Pluralism in the Democratic State.

Keywords: Origins of Constitutionalism; New Latin-American Constitutionalism; Law Pluralism; Multinational State; Neo-constitutionalism.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição é vista como a lei maior da maioria dos ordenamentos jurídicos dos países do ocidente, inclusive no Brasil, e devido a sua importância é imprescindível acompanhar o desenvolvimento e transformações que ocorrem e servem de base para as principais teorias constitucionais. O estudo sobre o processo Constitucional é denominado de constitucionalismo e permite identificar as diferentes ideias sobre os movimentos constitucionais e suas principais características, pois eles existiram no passado, outros surgiram recentemente e certamente muitos outros surgirão ainda, pois o processo constitucional não é algo estático e sim uma teoria em constante construção.

Um desses movimentos constitucionais tem como palco o continente latino-americano, e é fruto de lutas sociais historicamente travadas pelas classes excluídas no processo de formação do ordenamento jurídico que pretendem ter suas tradições, cultura, religião e jurisdição garantidas na Carta Magna de seus países.

Para melhor compreender esse novo movimento e tecer uma crítica construtiva sobre o mesmo faz-se mister analisar e identificar as principais características, do constitucionalismo. Num primeiro momento, o período do constitucionalismo primitivo até o constitucionalismo moderno, considerado o ponto de partida para as Constituições escritas e, mais adiante, do neoconstitucionalismo, não por ser o antecessor do Novo Constitucionalismo Latino Americano, mas sim de um movimento paralelo ao mesmo.

Dessa forma, valendo-se do método dialético, a presente obra busca, além de traçar os marcos distintivos entre os movimentos constitucionais, demonstrar que, em verdade, o Novo Constitucionalismo Latino Americano, apesar de buscar constituir um Estado Plurinacional, poderá promover o enfraquecimento do ordenamento jurídico uma vez que retoma o debate do pluralismo jurídico sem se preocupar com a efetividade de sua Lei Fundamental.

2 O CONSTITUCIONALISMO E AS CONSTITUIÇÕES PRIMEVAS

Inicialmente, o estudo parte da análise das origens do constitucionalismo primitivo até o surgimento do constitucionalismo moderno, em meados do século XVIII.

Assim, o constitucionalismo primitivo, que compreende o período histórico de 30.000 a 3.000 anos a.C., é analisado por Uadi Lammêgo Bulos (2014, p.67) desenvolvendo a tese de que, se as entidades políticas sempre tiveram e têm uma constituição, é forçoso reconhecer que a ideia, não a palavra constitucionalismo, pode ser detectada desde priscas eras.

Lammêgo ensina, ainda, as características gerais de tal constitucionalismo, que de forma poderiam ser resumidos em: 1) inexistência de constituições escritas, aliás sequer havia a distinção entre constituição formal e material; 2) cada comunidade regia-se por costumes próprios que se derivavam da observância geral, frequente e uniforme das condutas humanas. Tais costumes formavam-se por dois elementos, um objetivo (material, fático ou externo), que se exteriorizava pela repetição de um procedimento e denomina-se *usus*, e um subjetivo (psicológico ou interno) que promanava da certeza generalizada de sua exigibilidade. Tratava-se pois da *opinio juris et necessitatis*, que consistia na certeza de que o respeito à norma consuetudinária equivaleria a uma aquiescência jurídica, disso resultando a sua obrigatoriedade; 3) Outrossim, o costume não era a única fonte dos direitos dos povos primitivos, pois existiam verdadeiras Leis não escritas para reger a vida do grupo; 4) Influência direta da religião, porquanto os povos primitivos viviam sob o constante temor dos poderes sobrenaturais, alimentando a crença de que seus líderes eram representantes dos deuses na terra; 5) Predomínio dos meios de constrangimento para assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade, essenciais para se manter a coesão do grupo; e 6) existência de precedentes judiciais. Os chefes ou anciãos firmaram a tendência de julgar os litígios de acordo com as soluções dadas a conflitos semelhantes. (BULOS, 2014, p.68)

Num segundo momento, surgiu o constitucionalismo antigo. Como afirma Ferreira Filho, data da Antiguidade a percepção de que, entre as leis, algumas há que organizam o próprio poder. São leis que fixam os seus órgãos, estabelecem as suas atribuições, numa palavra, definem a sua Constituição. (FERREIRA FILHO, 2005, p.3).

Afirma-se que tal constitucionalismo desenvolveu-se por toda a antiguidade clássica e teve presença marcante nas Cidades-Estado gregas, consagrando-se ali, por um período de quase dois

séculos (V a III a.C.), um regime político-constitucional, vigorando a democracia direta com absoluta isonomia entre governantes e governados, cujo poder político foi igualmente distribuído entre todos os cidadãos considerados ativos. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p.34).

Das Cidades-Estado gregas destaca-se Atenas (de 501 a 338 a.C.), pois foram os locais dos primeiros grandes precedentes de limitação do poder político.

(...)Ali se conceberam e praticaram idéias e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos.

O centro da vida política ateniense era a Assembleia, onde se reuniam e deliberavam os cidadãos. O principal órgão de poder, todavia, era o Conselho, composto de quinhentos membros, dentre os quais eram escolhidos os que conduziram o dia a dia da administração. Por fim, havia as Cortes, com seus grandes júris populares, cujo papel político era mais amplo do que o dos órgãos judiciais modernos. (BARROSO, 2010, p.18)

Ainda sobre o desenvolvimento do constitucionalismo na antiguidade clássica, merece atenção a importância da República romana na formação das ideias constitucionais, com a instituição de um sistema de freios e contrapesos que visava a divisão e limitação do poder político. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 35).

O ideal constitucionalista de limitação do poder foi compartilhado por Roma, onde a República se implantou em 529 a.C., ao fim da monarquia etrusca, com a Lei das Doze Tábuas. O poder militar e político romano estendeu-se por quase todo o Mediterrâneo, mas sua estrutura jurídica e instituições políticas seguiram sendo as de uma cidade-Estado, com as decisões concentradas em um número limitado de órgãos e pessoas. Tais instituições incluíam a Assembleia (que, a rigor, eram diversas, e encarnavam o poder de elaborar leis), os Cônsules (que eram os principais agentes executivos) e outros altos funcionários (pretores, questores, tribunos da plebe), além do Senado, cujo caráter formal de mero órgão consultivo encobria seu papel de fonte material e efetiva de poder. A participação dos cidadãos era reduzida. (BARROSO, 2010, p.19).

Por sua vez, na idade média vigoravam os pactos, os contratos de colonização e os forais, também denominados de cartas de franquia. No entanto, vale destacar aqui o mais importante pacto deste período, a Magna Charta Libertatum de 1215, outorgada na Inglaterra pelo Rei João Sem Terra. Como assinala Uadi Lammêgo tal Charta foi o reflexo das necessidades sociais do seu tempo, e abriu precedentes que futuramente seriam incorporados, em caráter definitivo, às constituições que a sucederam.

Outrossim, o autor menciona, também, o direito de petição, a instituição do júri, a cláusula do devido processo legal, o habeas corpus, o princípio do livre acesso à justiça, a liberdade de religião e a aplicação proporcional das penas. (BULOS, 2014, p.70)

Adiante, o constitucionalismo medieval, nos ensinamentos de Uadi Lammêgo, pode ser resumido em cinco características: a) neste período se reconhece a necessidade de afirmar a igualdade dos cidadãos perante o Estado, excluindo todo poder arbitrário e abrindo caminhos para o amadurecimento do Rule of law (governo da lei); b) a segunda característica elencada refere-se a reivindicação do primado da função judiciária; c) durante tal contexto também se identifica o predomínio da concepção jusnaturalista de constituição, fundado no pensamento de que as leis preexistem aos próprios homens; d) outra característica elencada refere-se a existência de documentos garantidores de liberdades públicas, que funcionavam como autênticas constituições não escritas (pactos, forais, contratos de colonização); e) por último, mas não menos importante, o crescimento da ideia de que a autoridade dos governantes se baseava num contrato com os súditos, os quais obedeceriam à realeza na proporção do comprometimento do rei com a justiça. Neste período Deus seria o árbitro do fiel cumprimento desse acordo de vontades. Todavia, se o rei governasse como um tirano, os súditos deixariam de cumprir os compromissos acordados. Então o Papa, representante de Deus na Terra, interferiria para dar a última palavra. (BULOS, 2014, pp.70-71)

Feitas as digressões acima, há que se falar acerca do constitucionalismo moderno, que decorreu das revoluções burguesas, especificamente a Revolução Inglesa ocorrida em 1688, a Revolução Americana, de 1776; e a Revolução Francesa de 1789, muito embora o seu embrião, como já visto, possa ser encontrado na Magna Carta de João Sem Terra, na Inglaterra, de 1215, pois estavam presentes alguns dos elementos do mencionado constitucionalismo, quais sejam, a limitação do poder do Estado e a garantia de alguns dos direitos fundamentais da pessoa humana. (MASCARENHAS, 2010, p. 18)

O surgimento deste movimento coincide com o nascimento do Estado liberal, e de suas ideologias, buscando a segurança da burguesia nas relações jurídicas, limitando o poder do Estado e determinando a separação dos poderes políticos, haja vista a queda do absolutismo.

Nessa perspectiva:

O constitucionalismo moderno, cujo nascimento coincidiu com o nascimento do Estado Liberal, decorreu, assim, da idéia e da necessidade de submeter o Estado ao Direito, limitando as suas funções, estabelecendo a segurança nas relações jurídicas e garantindo a proteção do indivíduo contra o Estado. É que o Estado, antes das revoluções a que nos referimos, era absoluto. O soberano tudo podia e não se subordinava a ninguém. À partir das constituições modernas o estado, e, consequentemente, o soberano, vêem-se submetidos à constituição e ao princípio da separação dos poderes. (MASCARENHAS, 2010, p. 18)

Surgem deste movimento as Constituições escritas ligadas ao liberalismo, com a proposta de substituir o absolutismo e a confusão entre o monarca e o Estado por um governo moderado que calcado na separação dos poderes, e que visasse a garantia dos direitos do homem. E é desta forma que o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe que: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição” (FERREIRA FILHO, 2005, p.7)

Nota-se que este período pode ser entendido com base em uma constituição escrita que declare direitos fundamentais e a maneira de garanti-los e que estruture a separação dos poderes a fim de limitar e moderar o poder político (CUNHA JUNIOR, 2011, p.37)

O constitucionalismo, como visto, nasceu liberal e logo incompatível num primeiro momento com a ideia de democracia e quem trata do tema é Magalhães:

O constitucionalismo nasceu liberal (e logo, não democrático) com o objetivo de limitar o poder do estado frente aos direitos de homens, brancos, proprietários e ricos. A liberdade individual, fundada na propriedade privada, passa a ser a essência do novo ordenamento jurídico. Constitucionalismo significa segurança, e segurança é expressa no constitucionalismo pela busca de estabilidade econômica e social por meio da pretensão de permanência da constituição. (MAGALHÃES, 2011)

A afirmação do citado autor parte da premissa de que a união entre democracia e constitucionalismo aconteceu no século XIX, e foi fruto de reivindicações sociais, principalmente dos movimentos das classes operárias, os sindicatos e a constituição dos partidos políticos vinculados às reivindicações e lutas operárias, sendo que seu processo de transformação e democratização ocorreu de forma lenta. (MAGALHÃES, 2011)

A Primeira Guerra Mundial não marca o fim do constitucionalismo, entretanto configura um novo modelo de Estado, que era liberal e passivo e passa a ser social e intervencionista, passando-se assim do Estado Liberal para o Estado Social.

Após a referida Guerra os partidos socialistas e cristãos impõem às novas Constituições uma preocupação com o desenvolvimento econômico e com o Bem-Estar Social, inserindo em seus textos direitos de cunho econômico e social. (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 39).

Surge desse novo contexto o que os autores denominam de constitucionalismo social e que é representado pela Constituição mexicana, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, datada de 1919. (BARROSO, 2010, p.85).

Marina Vitória Alves assinala outro aspecto importante neste novo momento, para a autora o princípio da separação de poderes é visto sob uma ótica diferente: fala-se em funções do Estado. O Poder Legislativo, além de criar as leis, assume a função de órgão fiscalizador do Estado; o Poder Executivo passa a ser dotado de instrumentos que intervêm no mercado para realizar e garantir o interesse público; e o Poder Judiciário, "passa a exercer a função jurisdicional para garantir a densificação do Direito". (ALVES, 2012, p. 135).

Todavia esse modelo de constitucionalismo, por mais adequado que parecesse na época, não conseguiu efetivar suas propostas nem tão pouco conseguiu evitar a Segunda Guerra Mundial. O resultado do segundo pós-guerra foi a implementação, nos países europeus, de um novo pensamento constitucional que inserisse em suas Cartas normas de direitos fundamentais e valores associados à dignidade da pessoa humana. Esse novo movimento de cunho jurídico-político-filosófico modifica a concepção e a interpretação do Direito e de sua inter-relação com os demais sistemas sociais, e é comumente denominada de "neoconstitucionalismo". (ALVES, 2012, p. 135-136)

Como visto, os movimentos constitucionais sofreram mutações ao longo do tempo, no entanto suas transformações correspondem às necessidades encontradas em cada época. O neoconstitucionalismo não foge à regra e também surge em um contexto que clama por mudanças e reformulação do pensamento constitucional.

3 O SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Em meados do século XX toma forma na Europa um pensamento constitucional que proporcionou o surgimento de um novo paradigma jurídico: o do Estado Constitucional de Direito, pois

como já visto, até a Segunda Guerra Mundial a teoria jurídica vivia sob a influência do Estado Legislativo de Direito. (CUNHA JUNIOR, 2011, p. 39).

Como afirma Carbonell são exemplos deste tipo de constitucionalismo as Cartas da Itália (1947) e Alemanha (1949) num primeiro momento, e posteriormente as de Portugal (1976) e Espanha (1978). (CARBONELL, 2009, p.9)

Vale salientar que não existe uma uniformização acerca do entendimento do neoconstitucionalismo, e suas formas de interpretação, construção e constituição são tão variadas que Miguel Carbonell intitula seu livro referente ao assunto como “neoconstitucionalismo(s)”, obra essa que reúne vários estudos e diferentes modos de explicar esse movimento constitucional.

Isto posto, serão estudadas algumas das teorias e características desse movimento, e, para melhor facilitar a compreensão, inicia-se pela leitura que Ana Paula Barcellos faz acerca do tema.

A autora ordena as características principais do neoconstitucionalismo em dois grupos: a) dos elementos metodológico-formais sendo essas a normatividade da Constituição, a superioridade da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico e a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos; b) os elementos materiais destacados por ela são a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, especialmente no que diz respeito à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e da expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. (BARCELLOS, 2007, pp. 2-4).

Barroso (2007), por sua vez sintetiza o que seriam, para ele, as características deste movimento, conforme a divisão em marcos histórico, filosófico e teórico:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) *como marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) *como marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) *como marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2007, p. 11 - 12)

Entre tantos estudos sobre o neoconstitucionalismo vale destacar os de Paolo Comanducci, que parte da divisão de Bobbio sobre as três classificações de positivismo jurídico para formular sua classificação sobre o neoconstitucionalismo contemporâneo em teórico, ideológico e metodológico.

Sobre o neoconstitucionalismo teórico, Comanducci sustenta que:

El neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, aspira a describir los largos de la constitucionalización, es decir, de esse processo que há comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existente antes del despliegue integral del processo mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además de por una Constitución “invasora”, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la ley. (COMANDUCCI, 2009, p.83)

Por sua vez, quanto ao neoconstitucionalismo ideológico o autor afirma que:

El neoconstitucionalismo ideológico no se limita por tanto a descubrir los largos del processo de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación. Em particular, subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales – poderíamos em este sentido hablar de <<neoconstitucionalismo de los contrapoderes>> -, pero más todavía destaca la exigência de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos em la Constitución – podríamos em este sentido hablar de um <<neoconstitucionalismo de las reglas>>. (COMANDUCCI, 2009, p.85-86)

Finalmente, classifica o neoconstitucionalismo em metodológico e explica que:

El neoconstitucionalismo metodológico sostiene por el contrario – al menos respecto a situaciones de Derecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirán um puente entre Derecho y moral – la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre Derecho y moral. (COMANDUCCI, 2009, p.87)

Sobre o tema, é importante citar Lênio Streck, que afirma que o neoconstitucionalismo é 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), fazendo aqui alusão ao constitucionalismo moderno. Desta forma, conclui que o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não fazendo sentido tratá-lo como continuidade do outro, uma vez que seu “motivo de luta” é outro. (STRECK, 2009)

Bulos, apesar de divergir do pensamento dos adeptos de tal movimento, também elenca quais seriam as características deste movimento para seus defensores:

Para os defensores do neoconstitucionalismo, ele apresenta as seguintes características: (i) equivale a uma nova teoria do Direito Constitucional; (ii) promoveu a decodificação do Direito, cujos ramos saíram da órbita infraconstitucional, passando para o campo constitucional; (iii) inaugura um novo período da hermenêutica constitucional; (iv) reflete a pujança da força normativa da Constituição; (v) corresponde a uma nova ideologia ou método de análise do Direito; (vi) retrata o advento de um novo sistema jurídico e político; (vii) inaugura um novo modelo de Estado de Direito; e (viii) reúne novos valores que se prenunciam vigorosamente. (BULOS, 2014, p.80)

No entanto, vale a ressalva de que, para Bulos, nenhuma dessas características, tomadas de per si, pertence ao neoconstitucionalismo.

Segundo o mencionado autor, todas as características acima elencadas fazem parte da evolução do constitucionalismo contemporâneo, algo que independe de rótulos, nomes, expressões ou terminologias para existir. (Bulos, 2014, p.80)

Deste modo ele elenca quais seriam para ele os traços do neoconstitucionalismo de forma a tecer uma verdadeira crítica sobre o assunto: 1) primeiramente, não se trata de um movimento, sequer pode ser chamado de uma escola; 2) em segundo lugar, o autor afirma que tal movimento não agrega, de modo sistematizado, um corpo coerente de postulados, nem de propostas científicas que venham a acrescentar algo, verdadeiramente novo, àquilo que a humanidade já sabia; 3) em terceiro lugar, afirma que os adeptos do neoconstitucionalismo trabalham com teses, ideias e descobertas que vêm de épocas distantes, mas que encontraram o seu ápice na contemporaneidade; e 4) como última crítica, conclui que seus defensores são chamados de “neoconstitucionalistas”, pois propagam concepções velhas como se “novas” fossem, tomando como suporte constatações do pensamento jusfilosófico dos dias correntes. (BULOS, 2014, p. 80-81)

O autor, para firmar seu posicionamento, ainda afirma que essas características não pertencem a um novo constitucionalismo. Neste sentido fazendo menção à expressão “neo”, contida na palavra neoconstitucionalismo:

O que o neoconstitucionalismo tem de novo é a forma de os seus defensores repetirem o que todo mundo já sabe com outras palavras, usando termos criados por eles mesmos e adotando terminologias empoladas ou pensamentos adaptados de jusfilósofos da atualidade. Trazem, para a seara constitucional, fragmentos da Filosofia do Direito, como vimos acima. (BULOS, 2014, p.86)

O neoconstitucionalismo apesar de ser considerado por muitos como uma teoria inovadora, abarca, em verdade, concepções clássicas daquilo que já sabiam, explicado de uma forma diferente, rebuscada, e com termos complexos, melhor dizendo, com uma roupagem nova, atual.

No entanto, não se pode negar que essa nova forma de “dizer aquilo que todos já sabiam” contribuiu para dar força ao movimento constitucional e impulsioná-lo, pois quando trata-se de tais movimentos, por mais que o direito a ser atingido seja diferente, seu propósito é sempre o de mudança constitucional.

4 A AMÉRICA LATINA DE DESIGUALDADES SOCIAIS: A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE CONSTITUIÇÃO

Nos últimos tempos alguns países latino-americanos submeteram suas ordens jurídicas a um profundo processo de reforma, o que culminou, entre outras coisas, na promulgação das Cartas Constitucionais do Brasil em 1988, da Colômbia em 1991, da Venezuela em 1999, do Equador em 2008 e da Bolívia em 2009. Neste sentido afirma Roberto Gargarella que:

En las últimas décadas, numerosos países latino-americanos encararon procesos de reforma constitucional: Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, la Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009. Este movimiento incluye, además, a países que introdujeron en sus textos enmiendas constitucionales importantes, como Costa Rica, Chile, México y Venezuela. (GARGARELLA, 2011, p. 87)

Contudo, nem todas as novas constituições fazem parte do presente objeto de estudo, denominado por alguns autores de Novo Constitucionalismo Latino-Americano, devido às peculiaridades e características do movimento.

Deve-se ter em mente que tal movimento pode ser encontrado com várias denominações, dentre elas “novo constitucionalismo latino-americano” (Viciano e Dalmau, 2010), “constitucionalismo pluralista” (Fajardo, 2011), “novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano” (Magalhães, 2010), “novo constitucionalismo pluralista latino-americano” (BRANDÃO, 2013, p 15).

A seu turno, vale dizer que ainda não foi criado um conceito uniforme, pela doutrina, acerca do tema, bem como, que existe uma certa dificuldade em explicar os motivos pelos quais esse movimento tenha ocorrido, entretanto isso não impossibilita a análise de suas principais características.

Para Viciano e Dalmau o Novo Constitucionalismo assume as origens do antigo Constitucionalismo Jacobino, pois tem como objetivo principal a legitimidade democrática da Constituição. Desta forma somente o povo teria legitimidade para alterar a constituição, através da participação nas decisões políticas. Ao mesmo tempo, os autores indicam que os países que se enquadrariam neste movimento, a saber, Venezuela, Bolívia e Equador, não experimentaram o Estado Social, induzindo a pensar que tal movimento teria surgido com fundamento nas lutas sociais que o antecederam. (Viciano e Dalmau, 2010, p.18-20).

Raquel Fajardo (2011), por sua vez, denomina tal processo de constitucionalismo pluralista e afirma que o mesmo começou a ser desenvolvido em três ciclos: a) o primeiro ciclo é o constitucionalismo multicultural caracterizado pela recepção da diversidade cultural nas Constituições e pelo reconhecimento de direitos indígenas específicos (1982-1988), são exemplos deste ciclo as Constituições do Canadá de 1982, a da Guatemala de 1985, e a atual Constituição do Brasil datada de 1988; b) o segundo ciclo é denominado de constitucionalismo pluricultural e sofreu uma grande influência da Convenção 169 da OIT (1989), destaca-se neste ciclo a adoção do conceito de “nação multiétnica”, o rompimento com o monismo jurídico e a conseqüente introdução do pluralismo jurídico, passando a serem reconhecidos vários direitos indígenas, assim como suas tradições, culturas e autoridades (1988- 2005), são exemplos deste período as Constituições da Colômbia de 1991, as da Bolívia de 1994 e 2004, a do Equador de 1998 e a da Venezuela de 1999 ; c) e o terceiro ciclo é chamado de constitucionalismo plurinacional, e é marcado pela criação de um Estado plurinacional, que integra a cosmovisão indígena e seus conhecimentos na positivação dos direitos para a obtenção de um pluralismo jurídico igualitário, (2006-2009). Enquadrando-se neste ciclo as Constituições da Bolívia de 2006 – 2009 e a do Equador de 2008. (FAJARDO, 2011, p.141-155)

Como bem explica Fajardo:

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado a partir del reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y por ende se plantean el reto histórico de poner final al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación o libre determinación. Esto es, sujetos políticos colectivos con derecho a definir su destino, gobernarse en autonomías y participar en los nuevos pactos de Estado, que de este modo se configura como un “Estado plurinacional”. (FAJARDO, 2011, p. 149)

Brandão intitula o movimento de “o novo constitucionalismo pluralista latino-americano, e estabelece três eixos para uma nova leitura constitucional:

O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano proporciona uma nova leitura do Direito Constitucional orientada a partir de três eixos principais: i) o estabelecimento de uma nova relação entre democracia e Constitucionalismo, com a intensificação da participação popular; ii) a criação de mecanismos interculturais e descoloniais, principalmente, a partir da contribuição dos povos indígenas; iii) a intervenção do Estado e da cidadania na economia, afastando-se do paradigma eurocêntrico de desenvolvimento, pois visa uma nova relação com o meio ambiente. (BRANDÃO, 2013, p. 137)

Dessa forma, e de acordo com os critérios previamente estabelecidos por Brandão, as Constituições do Equador (2007/2008) e da Bolívia (2006/2009) cumprem os requisitos para serem classificadas dentro do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano, ou seja, tais Constituições aliam participação cidadã e democrática à um giro paradigmático e mais criativo desse movimento: reconhecimento das cosmovisões indígenas, que reconfiguram a própria teoria da Constituição e o papel do Estado.

Outrossim, apesar das Constituições da Colômbia (1991) e da Venezuela (1999) não se encaixarem nesses critérios, não se pode negar que as mesmas servem de precedentes desse processo. (BRANDÃO, 2013, p.34)

A visão de Brandão sobre o Novo Constitucionalismo Latino-Americano se trata, na verdade, de uma junção, de um lado, entre o pensamento central dos autores Viciano e Dalmau, e, do outro, da autora Raquel Fajardo.

Assim, percebe-se que o Estado Plurinacional é uma das grandes conquistas do novo constitucionalismo latino-americano, e uma das suas principais características, pois rompe com o Estado Nacional, que é assim definido por Magalhães:

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.

O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes. (MAGALHÃES, 2009)

Ainda com base nas lições de Magalhães, entende-se que num Estado Plurinacional os direitos fundamentais devem ser entendidos como consensos construídos e reconstruídos permanentemente. O Estado e a constituição, no lugar de reagir a mudanças imprevistas ou por eles não

permitidas, passam a agir, sempre, em favor das mudanças, desde que as mesmas sejam construídas por consensos dialógicos, democráticos, logo não hegemônicos, plurais, diversos, não hierarquizados e não permanentes. Diálogo este que se estabelece com a finalidade de construção de uma nova verdade, não definitiva, mas sim, provisória, um novo argumento, sem a pretensão de vencer o outro. (MAGALHÃES, 2010, p. 96-97).

O Pluralismo Jurídico, assim como o Estado Plurinacional é um dos principais marcos do novo constitucionalismo latino-americano, pois, este, reconhece mais de um sistema jurídico dentro da mesma sociedade. No entanto, ao passo que o Estado Plurinacional possa ser visto como uma grande conquista, o Pluralismo Jurídico não pode ser encarado da mesma forma.

A tese de que o direito é criado somente pelo Estado caracteriza o monismo jurídico (ou centralismo jurídico), da qual comunga Hans Kelsen, em sua famosa obra Teoria Pura do Direito. Por outro lado, a teoria que sustenta a existência de vários sistemas jurídicos no seio da mesma sociedade é definida de pluralismo jurídico ou policentrismo jurídico, e tem como um de seus principais expoentes Eugen Ehrlich, em sua obra Fundamentos da Sociologia do Direito. (SABADELL, 2005, p120-121)

Como afirma Sabadell para melhor compreender o pluralismo jurídico é necessário levar em consideração dois fatores: a) o primeiro fator está relacionado a definição de direito adotada por cada corrente teórica, nesta perspectiva, quanto mais ampla for a definição, mais fácil será identificar uma pluralidade de ordenamentos jurídicos; e b) o segundo fator a ser observado refere-se à situação de cada sociedade e período histórico em análise, pois existiram em séculos passados experiências tanto de pluralismo como de monismo jurídico. (SABADELL, 2005, p. 121-122)

Arruda Júnior descreve claramente o contexto social que serve como base para o surgimento do pluralismo jurídico:

O pluralismo jurídico emerge socialmente por consequência dos processos estruturais de difícil convergência para uma racionalização jurídica nos termos moderno que resulta do colonialismo, da dependência, e da marginalização. Denominamos essa primeira característica do pluralismo jurídico como exemplificativa de pré-modernidade da modernização capitalista tardia. (ARRUDA JÚNIOR, 1997, p. 127)

Para Sabadell a existência desses sistemas jurídicos plurais indica uma crise de legitimidade do direito estatal:

A existência de tais sistemas indica, em geral, uma crise de legitimidade do direito estatal, ou seja, uma situação na qual o Estado não consegue exercer, na prática, o pretendido monopólio de violência legal, nem pode alcançar legitimação e consenso social através de sua ação. Trata-se de substituir o direito do Estado por outros sistemas de normas sociais capazes de suprir as deficiências do direito oficial. (SABADELL, 2005, p. 130)

O contexto histórico que deu margem ao surgimento das reformas constitucionais nos países aqui estudados, e que adotam o pluralismo jurídico, não foge aos pensamentos apresentados por Sabadell e Arruda Junior, pois, como afirma Pedro Brandão, a história da América Latina é fortemente marcada por períodos de instabilidade institucional e por construções desiguais nas relações de poder, o que influencia a construção das suas Constituições.

Desta forma, as Constituições, neste continente, são, em sua maioria, caracterizadas por uma concepção elitista e colonial que se sobrepõem às compreensões de mundo historicamente marginalizadas, como o conhecimento popular, a cosmovisão indígena e a cultura negra. (BRANDÃO, 2013, p.10)

Desta feita, demonstradas as principais características deste movimento constitucional, resta retomar as explicações acerca dos motivos pelos quais nem todas as Constituições citadas ao início deste tópico se enquadram dentro dos parâmetros aqui estudados.

Para Viciano e Dalmau o Processo Constituinte Brasileiro que originou a Constituição vigente, não cumpriu os requisitos que caracterizam o Novo Constitucionalismo Latino-americano, nem tão pouco se enquadra nos parâmetros exigidos por Pedro Brandão, para fazer parte do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-americano, tendo em vista a participação de representantes da ditadura militar que macularam a composição do Processo Constituinte, a ausência de consulta popular para a ativação do Poder constituinte – que foi realizado pela Emenda Constitucional nº 26, e a ausência de ratificação popular do projeto final da Constituição. (BRANDÃO, 2013, p.18-19).

No entanto, como já visto, apesar de Fajardo também não colocar o Brasil como integrante deste novo movimento, coloca-o como parte do desenvolvimento do constitucionalismo pluralista, integrando o primeiro ciclo, o do constitucionalismo multicultural.

A Constituição Colombiana de 1991, também não é reconhecida por Viciano e Dalmau, como uma Constituição que se enquadre dentro do perfil do novo Constitucionalismo Latino-americano.

No entanto, como explica Pedro Brandão, apesar de não possuir o caráter descolonizador e nem incorporar no campo Constitucional as cosmovisões e os conhecimentos indígenas, principais características das Constituições do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano, com todos os limites e avanços, tal Constituição, junto com a atuação da sua Corte Constitucional, insere-se como precedente do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano, pois, além de conter mecanismos de participação popular, ainda que de forma limitada, reconhece a autonomia indígena e seus direitos. (BRANDÃO, 2013, p. 70-71).

Outrossim, Fajardo afirma que a mencionada Carta faz parte daquilo que ela denomina, como já visto, de segundo ciclo, ou constitucionalismo pluricultural, ou seja, corresponde ao desenvolvimento do constitucionalismo pluralista.

A Constituição Bolivariana da Venezuela de 1999 é considerada por Viciano e Dalmau como parte integrante do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, afirmam os autores que:

Donde puede afirmarse con rotundidad que se produjo el primer proceso constituyente conforme a los requisitos marcados por el nuevo constitucionalismo, rescatando la originaria teoría democrática de la Constitución, fue en Venezuela en 1999. En dicho proceso no sólo se dieron los elementos centrales de los procesos constituyentes ortodoxos –referéndum activador del proceso constituyente y referendun de aprobación del texto constitucional incluidos-, sino que se vislumbraron con nitidez tanto la necesidad constituyente, manifestada en la crisis social y política de finales de los ochenta y la década de los noventa, como la exigencia de rigidez para la reforma del nuevo texto constitucional, que excluyó la posibilidad de que pudiese ser reformada por el poder constituido. (Viciano e Dalmau, 2010, p.25).

Todavía, tal Constituição não se enquadra nos parâmetros estabelecidos por Pedro Brandão para fazer parte do Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano, pois, segundo o autor, não cumpre o primeiro dos requisitos por ele estabelecidos, qual seja, possibilitar a intensificação da participação popular no processo democrático, devido à introdução constitucional da reeleição indefinida e de outras formas de concentração de poder inseridas na Constituição Bolivariana via reformas.

Assim, também, não cumpre o segundo requisito por ele estabelecido, ou seja, desenvolver um constitucionalismo pluralista, que avance no reconhecimento e no protagonismo dos povos indígenas, com instituições que espelhem a pluralidade indígena e internalizem práticas e costumes das comunidades ancestrais (BRANDÃO, 2013, p. 91-92). Contudo, o autor não nega que tal Constituição tenha servido como precedente para o movimento Constitucional em estudo.

O que se extrai de tantas conceituações é que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, ao passo que responde alguns anseios sociais historicamente reivindicados pelos povos que permaneceram emudecidos no processo de formação das sociedades latino-americanas, apenas traz uma nova roupagem para temas já confrontados pelo Direito Constitucional e a Sociologia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela pesquisa conseguiu-se perceber que, tanto o neoconstitucionalismo, quanto o novo constitucionalismo latino-americano, não possuem uma uniformização teórica, fato este que dificulta, mas não impossibilita, seu estudo.

O neoconstitucionalismo, a seu turno, não se trata de um movimento com um viés inovador, em verdade, é uma teoria mascarada, que reúne os pensamentos do constitucionalismo contemporâneo, utilizando-se de termos novos, mas que possuem o mesmo significado. O novo constitucionalismo latino-americano, por sua vez, estabelece uma outra perspectiva constitucional, com uma teoria de perfil descolonizador e inclusivo, que modifica o processo de elaboração e modificação das constituições, insere em seu texto a cosmovisão indígena e autodeclara-se como um Estado Plurinacional caracterizado pelo Pluralismo Jurídico.

O novo constitucionalismo latino-americano representa uma forte mudança para os povos dos países que nele se inserem, Bolívia e Equador, ou os que fizeram parte do seu processo de desenvolvimento, como a Colômbia e a Venezuela, pois, trata-se de uma releitura de todo um pensamento elitista e eurocêntrico que passa a ser, teoricamente, desconstruído, com promessas de igualdade democrática, política participativa e reconhecimento da cultura, crenças e costumes dos povos originários. Há a promessa de um reconhecimento para além de uma plurinacionalidade dentro destes países, aderindo, em verdade, ao pluralismo jurídico.

Todavia, como visto, admitir o pluralismo jurídico é reconhecer não só um passado colonial, mas sim uma defasagem no sistema, que não consegue, por si só, atender aos anseios da sociedade de forma satisfatória. É transferir para outros a responsabilidade do Estado, além do que, pode criar a impressão de separação, uma vez que há segmentos sociais com autonomia jurídica perante outros, de forma que mais pareça uma esfacelamento do Estado do que um reconhecimento de direitos. É o Estado abrindo mão de uma parcela do povo, de um pedaço do território e de uma parte de sua soberania.

Embora essa nova teoria constitucional pareça garantir e proteger direitos dos povos originários, com uma política de participação popular e democrática, ela possui falhas que impossibilitam a harmonia entre lei e ordem e, principalmente, entre o povo e o Estado, pois o reconhecimento do Pluralismo Jurídico que é uma das suas principais características, poderá ser, também, o possível motivo de seu fracasso.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marina Vitória. **Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano**: características e distinções. Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro (SJRJ), Rio de Janeiro, Direito Constitucional – Constitucional Law v.9, n.34, p.133 – 145, ago. 2012. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/363/289>. Acesso em: 28 de maio de 2016.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social**. Ensaios de Sociologia Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://lelivros.online/book/baixar-livro-curso-de-direito-constitucional-contemporaneo-luis-roberto-barroso-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 28 de maio de 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n° 15, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em 28 de maio de 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet:<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 28 de maio de 2016.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano**: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama). 2013. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, Recife.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n.76/2013 – São Paulo: Saraiva, 2014.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madri: Trotta, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. Traducción de Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4.ed. Madri: Trotta, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. conforme a Emenda Constitucional n.67/2010 – Salvador: JusPodivm, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

FAJARDO. Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista**: del multiculturalismo a la descolonización. GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho en América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI**. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

GARGARELLA. Roberto. **Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina**. GARAVITO, César Roberto (org.). **El Derecho en América Latina. Um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado Plurinacional na América Latina**. Conteúdo Jurídico, março de 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=50&ver=257>> Acesso em: 28 de maio de 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Novo Constitucionalismo Indo-afro-latino americano**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. v.13, n. 26. Belo Horizonte, jul-dez, 2010, p. 83-98. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2010v13n26p83/3981>> Acesso em: 28 de maio de 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador**. nov. de 2011. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/11/802-reflexoes-sobre-o-novo.html>> Acesso em: 28 de maio de 2016.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional** – Salvador: [s.n.], 2010. Disponível em: <<http://www.paulomascarenhas.com.br/ManualdeDireitoConstitucional.pdf>>. Acesso em: 28 de maio de 2016.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e “o Problema da Discrecionalidade 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: 28 de maio de 2016.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino americano**. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. El nuevo Constitucionalismo latino americano. Quito, 2010, p. 9-44. Disponível em: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acesso em: 29 de maio de 2016.