

Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*

Contemporary trends in Latin American constitutionalism: multinational state and legal pluralism

Antonio Carlos Wolkmer**
Lucas Machado Fagundes***

Resumo

O presente artigo pretende mostrar as tendências dos movimentos político-jurídico que têm ocorrido nas últimas décadas, nos países sul-americanos, aos quais atribuem-se a denominação de constitucionalismo latino-americano. Conforma-se num estudo bibliográfico com intento de apresentar as principais disposições do novo momento constitucional, inserido no percurso histórico da formação do Estado e da tradição do constitucionalismo de base europeia e colonizadora na América Latina. Importa resgatar as relações entre constituição e pluralismo, na convergência de forças políticas diversificadas em dado momento histórico e espaço geopolítico determinado. Objetiva-se expor as tendências da positivação de algumas exigências populares, entre elas: a insurgência permanente do poder constituinte, a reinvenção do Estado através do modelo Plurinacional e o Pluralismo Jurídico, para além do reconhecimento constitucional, tomado como reinterpretação da concepção do direito e da justiça no processo de inovações jurídicas e políticas das instituições reconstituídas

* O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes - Brasil.

** Professor Titular de História das Instituições Jurídicas, dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC. Doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). É pesquisador nível 1-B do CNPq. Professor visitante de cursos de pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior (Argentina, Peru, Colômbia, Chile, México, Espanha e Itália).

*** Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas – UCPel; Mestre e Doutorando em Direito – Filosofia, Teoria e História do Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Membro do NEPE – Núcleo de Estudo e Práticas Emancipatórias. Pesquisador Capes. E-mail: lucas-sul@hotmail.com.

desde a realidade colonial. Ainda, pretende-se elencar os principais pontos que caracterizam o movimento como ação insurgente em relação à racionalidade eurocêntrica, liberal-individualista e monista. Contudo, sem esgotar a temática, serão expostas as matrizes teóricas que conferem ao movimento o rótulo de transformador, inovador, insurgente, popular e participativo. Enfim, caracterizar-se-á o período de transição de paradigmas político e jurídico no continente latino-americano, em que as tendências constitucionais contemporâneas rompem o silêncio histórico frente às doutrinas tradicionais e às práticas excludentes das sociedades marcadas pela violência, dominação e opulência das minorias detentoras do poder sobre maiorias desagregadas como força política.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Estado plurinacional. Pluralismo jurídico. América Latina.

Abstract

This article aims to provide trends in the legal and political movements that have occurred in recent decades in South American countries, which, it should give the name of Latin American constitutionalism. Conforms to a bibliographic attempt to present the main provisions of the new constitutional moment, entered the historical path of state formation and the tradition of constitutionalism and European-based colonial Latin America. It is important to rescue the relationship between constitution and pluralism, convergence of diverse political forces at a given moment in history and particular geopolitical space. The objective is to expose trends positivation some popular demands, among them: the constituent power of the ongoing insurgency, the reinvention of the state through the model and the Multinational Legal Pluralism, in addition to the constitutional recognition, taken as a reinterpretation of the concept of law and justice in the legal process innovations and political institutions from the reconstructed colonial reality. Still, we intend to list the main points that characterize the movement as insurgency action in relation to Eurocentric rationality, liberal-individualist and monistic. However, without exhausting the subject, will be exposed to theoretical frameworks that give the movement the label processor, innovator, insurgent, popular and participatory. Finally, it will characterize the transition period of political and legal paradigms in Latin America, where trends contemporary constitutional break the historical silence in the face of traditional doctrines and practices of exclusionary societies marked by violence, domination and wealth of minority holders of power over majorities broken as a political force.

Keywords: *Constitutionalism. Multinational State. Legal pluralism. Latin America.*

Introdução

A constituição não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade. Enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas. Assim, toda sociedade política tem sua própria constituição, corporalizando suas tradições, costumes e práticas que ordenam a tramitação do poder. Ora, não é possível reduzir-se toda e qualquer constituição ao mero formalismo normativo ou ao reflexo hierárquico de um ordenamento jurídico estatal (WOLKMER, 1989, p. 14).

A constituição material expressa o Poder Constituinte (força singular, absoluta e ilimitada) “que dá racionalidade e forma ao Direito”. Certamente, o Poder Constituinte que tem no povo seu titular é o “sujeito de fundação da constituição material” (NEGRI, 2002, p. 44). A constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos, materializando o quadro real das forças sociais hegemônicas e das forças não dominantes. Por sintetizar um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais, a constituição congrega e reflete, naturalmente, os horizontes do Pluralismo.

Assim, a partir de um nível mais amplo e teórico de constatação acerca do papel da constituição como instrumento formal de materialização de direitos, cabe trazer para a discussão o marco epistêmico e metodológico do Pluralismo, mas enquanto conceito dinâmico que reconhece o valor da diversidade e da emancipação. Em sua natureza, a formulação teórica do Pluralismo designa

a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja,

envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si” (WOLKMER, 2001, p. 172).

Dentre alguns de seus princípios valorativos, assinala-se: 1) a *autonomia*, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a *descentralização*, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a *participação*, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o *localismo*, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a *diversidade*, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a *tolerância*, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras “pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação”¹ (WOLKMER, 2001, p. 175-177).

Na composição e dinâmica do Pluralismo, compreende-se a interdependência na diversidade de instituições sociais: Igrejas, sindicatos, associações civis e empresas.

Obviamente, o Pluralismo engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no Direito. Ora, o Pluralismo no Direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo escopo para a produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários. Sem adentrar numa discussão sobre as variantes de Pluralismo jurídico, seja do paradigma “desde cima”, transnacional e globalizado, seja do modelo “desde abaixo”, das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, importa sublinhar a proposição de um constitucionalismo pluralista e emancipador. Daí a aproximação

¹ Vide a redação de Galuppo (2001, p. 52-53).

e integração entre constituição e Pluralismo democrático, projetando a perspectiva de um novo Estado de Direito. De uma constituição que consagre e reafirme o Pluralismo como um de seus princípios basilares, prescrevendo não só um modelo de Estado Pluridimensional, mas, sobretudo, como projeto para uma sociedade intercultural.

Para um pensamento epistemológico e um avanço metodológico na direção de um constitucionalismo pluralista, sem deixar de ser democrático e emancipatório, torna-se necessário um repasse crítico sobre a trajetória do constitucionalismo do tipo convencional, individualista, estatal e liberal, que marcou a trajetória latino-americana e brasileira. É o que se verá na análise subsequente.

1 Tradição constitucionalista latino-americana desde o século XIX

A independência das colônias na América Latina não representou, no início do século XIX, uma mudança total e definitiva com relação à Espanha e a Portugal, mas tão somente uma reestruturação, sem uma ruptura significativa na ordem social, econômica e político-constitucional. Paulatinamente, incorporaram-se e adaptaram-se princípios do ideário econômico capitalista, da doutrina do liberalismo individualista e da filosofia positivista. Por certo, para responder às necessidades locais, compatibilizavam-se as velhas estruturas agrárias e elitistas com o surto eclético e com as adesões às novas correntes europeias.

Na verdade, as assertivas ideológicas do positivismo adquiriram extrema importância para a construção dos novos Estados oligárquicos, pois tal filosofia não só simbolizava a ruptura com um passado incômodo, como ainda expressava uma nova ordem política e legal.

Essa colonização e dependência da cultura jurídica latino-americana da época ao modelo hegemônico eurocêntrico de matriz romano-germânica não se realizaram somente no âmbito geral das “ideias jurídicas”, mas, igualmente, em nível de construções formais de Direito público, particularmente da positivação constitucional. Isso

se comprova no processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos que foram doutrinariamente marcados pelas Declarações dos Direitos anglo-francesas, pelas constituições liberais burguesas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791 e 1793), e pela inovadora Constituição Espanhola de Cádiz (1812).² Já a positivação moderna de codificação do Direito privado ibero-americano foi modelada pelo ideário individualista, romanístico e patrimonial da legislação civil napoleônica (1804) e do estatuto privado germânico (1900) (ANDRADE, 1997).

É relevante lembrar que, na América Latina, tanto a cultura jurídica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial quanto as instituições jurídicas formadas após o processo de independência (tribunais, codificações e constituições) derivam da tradição legal europeia, representada, no âmbito privado, pelas fontes clássicas dos Direitos romano, germânico e canônico. Igualmente, na formação da cultura jurídica e do processo de constitucionalização latino-americano pós-independência, há de se ter em conta a herança das cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas inerentes às declarações de direitos, bem como provenientes agora da nova modernidade capitalista, de livre mercado, pautada na tolerância e no perfil liberal-individualista. Nesse sentido, a incorporação do modo de produção capitalista e a inserção do liberalismo individualista tiveram uma função importante no processo de positivação do Direito estatal e no desenvolvimento específico do Direito público das antigas colônias ibéricas. Cabe reconhecer que o individualismo liberal e o ideário iluminista dos Direitos do Homem penetraram na América hispânica, no século XIX, dentro de sociedades fundamentalmente agrárias e, em alguns casos, escravagistas, em que o desenvolvimento urbano e industrial era praticamente nulo. Desse modo, a juridicidade moderna de corte liberal vai repercutir diretamente sobre as estruturas institucionais dependentes e reprodutoras dos interesses coloniais das metrópoles³ (DE LA TORRE RANGEL, 1997, p. 69-70 e 72-73).

² Constatar: Torre Villar; García La Guardia (1976); Gargarella (2005); Colomer Viadel (2009); Caducci (2003).

³ Para um maior aprofundamento, constatar: Wolkmer (2006, p. 95-97).

Tem sido próprio na tradição latino-americana, seja na evolução teórica, seja na institucionalização formal do Direito, que as constituições políticas consagassem, abstratamente, igualdade formal perante a lei, independência de poderes, soberania popular, garantia liberal de direitos, cidadania culturalmente homogênea e a condição idealizada de um “Estado de Direito” universal. Na prática, as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências históricas das grandes massas camponesas e populares. Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana.⁴ Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos.

2 O movimento do constitucionalismo latino-americano nos últimos anos

Importa mostrar como os movimentos do constitucionalismo ocorrido recentemente em países sul-americanos (Bolívia, Equador e Venezuela) tentam romper com a lógica liberal-individualista das constituições políticas tradicionalmente operadas, reinventando o espaço público a partir dos interesses e necessidades das maiorias alijadas historicamente dos processos decisórios. Assim, as novas constituições surgidas no âmbito da América Latina são do ponto de vista da filosofia jurídica, uma quebra ou ruptura com a antiga matriz

⁴ Cf. Wiarda (1983, p. 82, 85-86). Consultar igualmente: Carbonell; Orozco; Vazquez (2002).

eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente, voltando-se, agora, para refundação das instituições, a transformação das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor dos interesses e das culturas encobertas e violentamente apagadas da sua própria história; quiçá, observa-se um processo de descolonização do poder e da justiça.

Diante disso, examina-se o panorama do que vem a ser esse constitucionalismo “novo”, “emancipatório” ou “transformador” que esta ocorrendo majoritariamente nos países andinos, o qual tem sido a mais recente faceta no estudo do direito constitucional, mexendo nas esferas de poder político e na ordem do Estado de Direito, passando a inovar em diversos aspectos, fator diferenciado para cultura constitucional nas suas várias etapas históricas.

Dessa forma, cabe destacar a origem do ímpeto inovador, que começa a desenhar-se a partir da “necessidade”; tal constatação parte de professores e pesquisadores mais envolvidos atualmente em investigar sobre o constitucionalismo latino-americano, como Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, docentes espanhóis, com experiência na discussão direta das situações políticas dos países que recentemente passaram por inovações constitucionais (Bolívia, Equador e Venezuela). Em particular, para o último autor, o contexto social de exigibilidade da concretização de políticas eficazes em torno das necessidades fundamentais é o principal motor que irá fomentar as novas constituições, pois dirá que:

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren (MARTÍNEZ DALMAU, 2008, p.22).

Dito isto, percebe-se por que alguns autores, como Boaventura de S. Santos (2009), qualificam como um constitucionalismo “desde

abajo”, relacionando sua origem com a exigência popular por melhores condições de vivência digna.

Esse constitucionalismo latino-americano busca (re)fundar as instituições políticas e jurídicas com ideias alheias ao modelo liberal-individualista de matriz eurocêntrica, atomizado em singularidades, como diria José Luis Bolzan de Moraes (2002) de “mônadas isoladas”. O processo prioriza a riqueza cultural diversificada, respeitadas as tradições comunitárias históricas e superado o modelo de política exclusivista, comprometida com as elites dominantes e a serviço do capital externo.

No histórico constitucional, a América Latina é fortemente marcada por sua trajetória de servidão intelectual à matriz europeia, após séculos de submissão aos modelos inspirados nas teorias liberais. No presente momento, alguns países sul-americanos tentam o procedimento de descolonização, utilizando-se de instrumentos jurídicos originalmente legitimadores dos interesses das elites dominantes. Tal movimento, diferentemente da independência institucional do Estado no século XIX, agora se revela, no âmbito do pensamento e das práticas políticas e jurídicas, mediante uma visão diferenciada e comprometida com a transformação social e principalmente econômica.

O período alcançado é de mudanças, transpondo ao acesso popular, o modelo jurídico gestado para os anseios liberais, o qual foi pervertido pelo positivismo conservador, convertido em carta de interesses imperialistas e, nas últimas duas décadas do século passado, tornado subserviente aos intentos do capital financeiro globalizado. Traduz-se em dar vida às palavras consagradas nos textos formais, que se confirmam nas ações práticas, conduzindo as populações do regime de marginalização política e social a melhores condições de vida; eis o requisito transformador. Desde que também se constituam em processos aglutinadores de forças da cosmovisão histórica do ameríndio, autóctone, originário ou campesino, na nova ordem constitucional.

Trata-se da convergência política intercultural do ponto de vista a legar direitos materiais e possibilidade fática de exercício deles

aos setores que foram excluídos historicamente do poder decisório. Cabe advertir que a luta pela institucionalização de direitos só faz sentido quando acompanhada da exigibilidade popular, para não cair no discurso retórico quando estes formalizados em um documento jurídico. Para Boaventura S. Santos (2010, p.80), isto se denomina uso contrahegemônico de instrumentos hegemônicos:

El constitucionalismo transformador es una de las instancias (quizá la más decisiva) del uso contra hegemónico de instrumentos hegemónicos de que hablé arriba. De las Constituciones modernas se dice frecuentemente que son hojas de papel para simbolizar la fragilidad práctica de las garantías que consagran y, en realidad, el continente latinoamericano ha vivido dramáticamente la distancia que separa lo que los anglosajones llaman law-in-books y law-in-action.

Os já mencionados doutrinadores espanhóis levam a pensar o momento constitucional latino-americano, partindo de acontecimentos inicialmente alheios, mas que surtirão efeitos posteriormente no continente. A análise parte da relação dos fatores econômicos com as políticas de bem-estar nos Estados europeus, passando pela insuficiência das constituições frente às renovadas facetas do capitalismo e destacando as cartas políticas com ampliação das garantias. Ora, o constitucionalismo que deveria fazer frente ao modelo econômico de debilidade social acabou por mostrar-se fraco e insuficiente.

Sendo assim, as constituições, para garantir o bem-estar social, tiveram seus efeitos jurídicos minorados, entre outros fatores, por políticas de ajuste econômico representando governos conservadores em harmonia com interesses de conglomerados financeiros mundiais ou organismos como BIRD e FMI, por alinhamento das chamadas potências econômicas mundiais com destaque especial para ascensão aos governos de figuras como: Margaret Thatcher (Grã-Bretanha), Ronald Reagan (EUA) e Augusto Pinochet (Chile), que determinaram o tom inicial das políticas de ineficácia das constituições para a região. Nesse sentido, salientam que,

En ese momento, en que hubiera sido crucial contar con un constitucionalismo fuerte, las sociedades se encontraron con un concepto debilitado de constitucionalismo, que no servía para la protección del Estado social. Paradójicamente, el constitucionalismo del bienestar no podía usarse para proteger al Estado del Bienestar. A finales de los setenta y, en particular, durante la década de los ochenta, las políticas neoliberales se extendieron sin apenas obstáculos por donde antes se había defendido la necesidad del Estado social. Los efectos del retorno de esa forma descarnada de liberalismo que ha dado en llamarse neoliberalismo no necesitan palabras para ser explicados (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2005, p. 59).

Tendo em conta estes aspectos, os autores espanhóis aqui privilegiados propõem três modelos de constitucionalismo em voga nas últimas décadas, numa ideia de sequência afirmativa democrática e política, voltada aos interesses sociais, porém, teoricamente, com quebras de perspectivas que os diferenciam entre si, ou melhor, obtêm autenticidade e particularidade dado ao contexto político e social no qual se inserem. Serão os momentos denominados de “Neoconstitucionalismo”, “Novo Constitucionalismo” e “Novo Constitucionalismo Latino-americano”. Veja-se a diferença entre eles:

El neoconstitucionalismo, como explica Carbonell, pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la década de los setenta. Son constituciones ‘que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos’. Se aluden como constituciones representativas la española de 1978 o la brasileña de 1988 (2007, p. 9 y 10). El neoconstitucionalismo desde ese punto de vista es una teoría del Derecho y no, propiamente, una teoría de la Constitución. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente

se traslada a la voluntad constituida. (CARBINELL *apud* VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 17)

E, ambos os autores, seguem citando Luigi Ferrajoli (*apud* VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 17):

De esa manera, el neoconstitucionalismo reivindica la reinterpretación desde la Constitución del Estado de Derecho. Como ha expresado Ferrajoli se debe distinguir entre 'el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal)', que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho (o Estado constitucional) producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

Destacada a busca da constitucionalização do ordenamento jurídico pelo neoconstitucionalismo, vale lembrar o contexto político de alguns governos, no qual se insere a discussão. Nesse momento histórico, a limitação aos poderes do Estado estava vinculada à ingerência autoritária, pré-revolução democrática espanhola e, no caso brasileiro, ao período de redemocratização, caracterizado pelos absurdos (i)legais do longo período ditatorial.

Assim, a carga de rigidez constitucional e o vasto legado das garantias frente ao Estado estão muito atrelados aos fatos políticos anteriores, conforme se verifica com a forte impregnação de normas constitucionais no campo político, consoante se afirmou na citação dos autores espanhóis com referência a Luigi Ferrajoli, ou mesmo “[...] se trata, en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y de fortalecer su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo.” (FERRAJOLI *apud* VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 17).

Entretanto, importa relacionar que o novo constitucionalismo foca seu interesse na relação democrática que dará origem às constituições e à difusão de mecanismos democráticos no seio dela, ou seja, é mais

uma preocupação política do que basicamente jurídica. Diferentemente do neoconstitucionalismo, esse “novo constitucionalismo” busca a legitimidade da soberania popular antes mesmo que a preocupação e a afirmação jurídica positivada. Isto é importante na particularidade que lhe confere enquanto construção política democrática participativa, assim,

Por su parte, el nuevo constitucionalismo asume las posiciones del neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no es sólo la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática [...]. Por todo ello, el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la fundamentación de la Constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica. Posteriormente – como consecuencia de aquélla – interesa la efectividad de la Constitución, con particular referencia – y en ese punto se conecta con los postulados neoconstitucionalistas – a su normatividad (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 18).

Juntamente às distinções e ao cuidado com a adensamento do campo jurídico de matéria constitucional e substância política democrática, há que se destacar a preocupação com as causas sociais que motivaram os novos textos constitucionais, bem como o ímpeto insurgente da transformação do Estado e o redirecionamento jurídico em favor das populações historicamente (so)negadas nas necessidades fundamentais, fatores que originam o movimento caracterizado como “novo constitucionalismo latino-americano”, sobre o que R. Viciano Pastor e R. Martínez Dalmau (2010, p.18) discorre:

No hay que perder de vista que este nuevo constitucionalismo latinoamericano, además de pretender garantizar un real control del poder por los ciudadanos busca, como afirman Gargarella y Courtis, responder a la pregunta – aunque no sea la única – de cómo se soluciona el problema de la desigualdad social (2009: 11). El hecho de que se trate de sociedades que no experimentaron el Estado social, induce

a pensar que las luchas sociales fueron el fundamento de la aparición de ese nuevo constitucionalismo latinoamericano.

O presente fundamento das exigências populares atribui ao conceito elencado como “novo constitucionalismo latino-americano” originalidade frente às duas primeiras teorias, no sentido que o contexto social de exigibilidade é diferenciado e a preocupação inicial se conforma em necessidade de acesso ao poder para atender as demandas mais urgentes, por assim dizer, vitais. Nesse sentido, antes de uma preocupação jurídica ou democrático-legitimadora, existe a realidade marginalizada e com carências emergenciais, fator desencadeador do processo político e jurídico.

Sem dúvida, por estas razões, vive-se a época de constitucionalismos na América Latina, com destaque para os países: Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela, que têm sido os propulsores da nova visão do direito constitucional, desafiam aos pesquisadores e estudiosos do tema em analisar as mais variadas formas de manifestação jurídica surgidas na região. E, destas incursões provocativas, não faltam atribuições teóricas devido à riqueza do contexto e de suas particularidades inovadoras em um espaço onde *“las condiciones sociales en América Latina no dejan muchos resquicios para la esperanza, pero uno de ellos es el papel de un constitucionalismo comprometido”* (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2005, p. 61), compromisso com aqueles que promoveram e garantiram, através da participação democrática, o surgimento do novo momento constitucional, termo que traduz a esperança atual no constitucionalismo.

Relaciona-se à expressão acima outra denominação, um constitucionalismo *“sin padres”*, que traz consigo a carga histórica da opressão. Tendo em vista o fato de não mais corresponder à política da elite crioula e seus interesses particulares, ou seja, *“[...] el nuevoconstitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo sin padres. Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la constitución, por la genuina dinámica participativa y legitimadora que acompaña los procesos constituyentes”* (MARTÍNEZ DALMAU, 2008,

p. 19). A construção política do Estado e de seus aparatos jurídicos, antes um privilégio de setor social abastado e imposto ao povo, no atual momento inverte o percurso e brota do seio popular; a constituição deixa de nascer no âmbito exclusivista das minorias hegemônicas para atender ao chamado de outra forma de poder, multifacetado, diversificado, plural.

Dessa forma, cabe destaque ao protagonismo popular, durante e depois do processo constituinte, conformado na mobilização social para formação do poder constituinte permanente, diferentemente do constitucionalismo tradicional em que o poder constituído se afasta da participação do povo. No novo momento, a participação deve ser intensa, como afirma Boaventura S. Santos (2009), pois a “chama” da insurgência popular no poder constituinte deve acompanhar esse período de transição e experimentalismo, sob pena de ver frustrado seu ímpeto revolucionário pela institucionalização e imersão no jogo político interno de portas e gabinetes fechados, ou ainda na lógica econômica globalizada de capitalismo famigerado.

Sendo assim, cabe destacar o rompimento com a prevalência da ideia de representação política, no sentido da importância que é atribuída aos referendos aprovatórios e aos novos mecanismos de participação popular e democracia qualitativa, igualitária, inclusiva para as comunidades indígenas com respeito as suas formas decisórias⁵. A presença da democracia intercultural é outra maneira de reconhecer a manifestação política da diferença e heterogeneidade.

La democracia igualitaria es la superación de la democracia representativa del siglo XIX y la participativa del siglo XX, por una democracia donde la igualdad material es el centro de la actividad estatal, la igualdad formal se echa en el

⁵ *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: “art. 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena, originarios campesinos, entre otros, conforme a ley.”*

baúl de la historia hipócrita del constitucionalismo moderno
(CHIVI VARGAS, 2010, p. 34).

Ainda, dentro da ideia de romper com a hegemonia da democracia representativa, vale enfatizar, da obra de Boaventura S. Santos e da Constituição Política da Bolívia (art. 205), a importância referida à fiscalidade da organização política; isso ocorre com a incorporação junto aos tradicionais poderes de “**Montesquieu**”, um órgão chamado “Eleitoral Plurinacional”, que, segundo o autor português, “[...] es el cuarto órgano de soberanía al lado del Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Su competencia general consiste en controlar y supervisar los procesos de representación política” (SANTOS, 2010, p. 87).

Não obstante ideias democráticas têm espaço às questões da institucionalidade jurídica. Assim, far-se-á referência especificamente no interior das constituições as peculiaridades, que se deve teoricamente exaltar. De tal modo, importa apresentar como se classificam as modalidades na esfera formal:

A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez)
(VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 28).

No quesito originalidade, ou mesmo inovação, há que se sublinhar a vocação popular através da insurgência advinda das necessidades dos sujeitos oprimidos no continente latino-americano, principalmente em relação à consciência do processo de descolonização das práticas e do pensamento jurídico eurocêntrico, particularidade já referida acima.

Resta destacar, quanto à amplitude, artigos extensos para demarcar o profundo alcance jurídico e mesmo político que a positividade constitucional proporciona. Assim, torna-se freqüente, no texto

constitucional boliviano, por exemplo, a expressão “nações” e “povos indígenas originários campesinos” ou mesmo a própria confecção do primeiro artigo⁶, que, na tentativa de abranger ao máximo as diversidades, torna-se amplo e complexo. Ademais, o fator da complexidade, tanto de técnica quanto de linguagem, encontra-se justificada na busca de articular diferentes institucionalidades, desde a abordagem da questão plurinacional, como o tribunal plurinacional boliviano e também as eleições para órgãos do governo como os juízes (Consejo de la Magistratura, Bolívia), até mesmo a cosmovisão ameríndia da *pachamama* e *sumac kawsay*, o *sumac kamaña*, o bem viver.

Ainda fazendo referência a este ponto, vale destacar a retirada do latim como língua jurídica, ou mesmo poder-se-á dizer, na linguagem popular, o destronar do “juridiquês”⁷, para maior acessibilidade. Exemplo disso é a troca de termos como “*habeas corpus*, *habeas data por acción de libertad e acción de protección de privacidad*”⁸, palavreado simples e de acesso popular, “[...] *se trata, por lo tanto, de textos técnicamente complejos y semánticamente sencillos*” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p.32).

Por último, dentro das questões de formalidade, vale mencionar a “rigidez” constitucional, geralmente imposta ao poder constituído, como forma de dificultar a modificação da carta política pelos parlamentares eleitos. No presente momento constitucional boliviano, por exemplo,

⁶ *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia: “art. 1 . Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomía. Bolivia se funda en la pluralidad y en el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”*

⁷ Termo correntemente utilizado no cotidiano jurídico para determinar o palavreado retórico e sofisticado da linguagem jurídica, porém de difícil acesso aos populares, inclusive intitulou no ano de 2005 uma campanha da Associação dos Magistrados do Brasil pela simplificação do vocabulário jurídico nacional, “Judiciário ao alcance de todos – Noções básicas de juridiquês”.

⁸ Arts. 125 e seguintes, Constituição Boliviana. Para ver maiores detalhes em *Se puede Hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau (2011).

percebe-se a atribuição da modificação das normas constitucionais pelo mesmo poder constituinte originário, que prolonga, no tempo, sua ingerência popular sobre o ordenamento constitucional. Relacionando aparatos jurídicos⁹ para serem acionados pelos mesmos atores que fundaram a nova ordem política, e não apenas limitando tal poder aos representantes eleitos. Fica evidente a fórmula de outra democracia possível, ou seja, voltam-se os interesses às funções de participação popular intensa no processo da democracia de alta intensidade (SANTOS, 2005). É o que sustentam também os autores espanhóis:

Por último, ya se ha hecho referencia a la eliminación del conocido poder constituyente constituido, poder constituyente derivado, o poder de reforma; esto es, a la prohibición constitucional de que los poderes constituidos dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos. Se trata de una fórmula que conserva en mayor medida la fuerte relación entre la modificación de la Constitución y la soberanía del pueblo, y que cuenta con su explicación política en el propio concepto de Constitución como fruto del poder constituyente y, complementando el argumento teórico, en la experiencia histórica de cambios constitucionales por los poderes constituidos propia del viejo constitucionalismo y tan extendida en el constitucionalismo europeo (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 32).

Não é demais lembrar que estas novas cartas políticas buscam sempre romper com a ordem anterior, não apenas teórica e formalmente, mas, de fato, permanentemente reinventando um poder constituinte originário nesse período político de “transição” (VICIANO PASTOR; MARTINEZ DALMAU, 2010), onde o “Estado experimental” (SANTOS, 2010) é a alternativa buscada para realizar uma resistência às ofensivas dos tradicionais grupos dominantes e seus interesses econômicos e políticos particulares, os quais têm tentado a reação para retomada do poder.

⁹ Vide art. 411 da Constituição Política do Estado boliviano.

Dessa maneira, após este panorama sobre o movimento constitucional dos países sul-americanos nas últimas décadas, examinar-se-ão algumas peculiaridades separadas por relevância na quebra de paradigma da mentalidade jurídica de base liberal-individualista monista, bem como alguns aportes que rompem o velho modelo de pensar e aplicar o direito na realidade de colonização do pensamento latino-americano. Assim sendo, ver-se-á duas características insurgentes na transformação da realidade política e jurídica, e que se conforma no contexto de Estado Plurinacional e Pluralismo Jurídico.

2.1 Algumas características do constitucionalismo insurgente latino-americano

Institucionalmente, nos últimos anos, o movimento do constitucionalismo latino-americano aborda algumas questões inovadoras, que parecem romper com velhos paradigmas políticos do direito e mesmo do direito constitucional. Nesta parte do artigo, será mostrada uma noção do que se entende por Estado plurinacional e Pluralismo jurídico, lançando as bases para a compreensão inicial de algumas das principais características do recente movimento político-jurídico em nosso continente.

Sendo assim, de imediato, vale alertar que não faz parte da abordagem esgotar ou apresentar todas as categorias as quais possam englobar o entendimento exaustivo do tema e as particularidades de cada constituição política. Compreende-se que as temáticas possam ser trabalhadas separadamente em um estudo independente de cada ponto, porém, seguindo no intuito de oferecer o cenário amplo para inaugurar o debate e experimentar as tendências referentes ao novo constitucionalismo latino-americano do ponto de vista da nova institucionalidade, segue, nas linhas abaixo, uma breve explanação.

2.1.1 Estado plurinacional

Na etapa presente, serão destacadas algumas tipologias do Estado, as quais expressam a ideia Plurinacional, assinalando uma das

caracterizações que se faz do movimento constitucional na América Latina. Assim, importa resgatar posições do Estado enquanto conceito histórico para o contexto deste continente, no sentido de iniciar um processo de transformação e superação das crises dos modelos estatais modernos, sendo refeita a leitura histórico-crítica da sua formação e operacionalização em “Nuestra América” (SANTOS, 2009)

Para refundar o Estado, faz-se preciso inferir a concepção do Estado-Nação; tal fim há de começar pela ideia de Luis Villoro (1998), para quem, na existência da associação humana é imprescindível quatro condições: “uma comunidade de cultura, consciência de pertencer a esta comunidade, projeto comum e relação com um território”. Diante disso, antes de adentrar na especificidade do Estado Pluricultural ou mesmo Plurinacional, irá se estabelecer o que este autor dispõe na diferença entre a nação histórica e a nação projetada:

La nación proyectada puede rechazar una nación histórica antecedente e intentar forjar sobre sus ruinas una nueva entidad colectiva. [...] si la nación ‘histórica’ funda su origen y transcurso en el tiempo, la ‘proyectada’ la construye mediante una decisión voluntaria. En aquélla, de la historia nace el proyecto nacional; en ésta, del proyecto nacional se origina la interpretación de la historia. Como veremos en seguida, mientras las naciones tradicionales corresponden predominantemente a la primera clase, el Estado-nación moderno forma parte de la segunda (VILLORO, 1998, p. 16).

Assim, resta também mencionar sobre as ideias de Boaventura S. Santos em torno do conceito de Nação, ou mesmo Estado-Nação, a existência de dois termos históricos:

El primer concepto de nación es el concepto liberal que hace referencia a la coincidencia entre nación y Estado; es decir, nación como el conjunto de individuos que pertenecen al espacio geopolítico del Estado y por eso en los Estados modernos se llaman Estado-nación: una nación, un Estado. Pero hay otro concepto, un concepto comunitario no liberal

de nación, que no conlleva consigo necesariamente el Estado (SANTOS, 2009, p. 202).

Ademais, há que se resgatar a luz das reflexões críticas sobre o processo de formação do Estado latino-americano, a ideia de Estado Nacional que atendeu às exigências de determinado segmento social (Crioulos ou Criollos) detentor das propriedades e herdeiro das famílias de colonizadores europeus. Para satisfação dos interesses dessa fração social, constitui-se o modelo específico estatal na história da América luso-hispânica, porém longe das pretensões populares que foram marginalizadas do poder. Uma vez mais são apropriadas as reflexões de Villoro (1998, p. 17):

Por eso se entiende los múltiples casos en que una nación precede a su constitución como Estado, o bien, una vez constituido, se opone a él. En América Latina, por ejemplo, la conciencia de la pertenencia a una nación específica precedió a su establecimiento como Estado. La nación se formó en la mentalidad de un grupo criollo en la segunda mitad del siglo XVIII, antes de pretender para ella la soberanía política.

Na realidade, o movimento político da criação do Estado na América Latina é fortemente influenciado pelo processo europeu de unificação política e jurídica, ao passo que, em terras do novo mundo, efetivou-se distintamente (primeiro veio o Estado e depois as classes sociais) (WOLKMER, 1990). A homogeneização política e jurídica, invenção e solidificação da modernidade, importou para o continente latino-americano o modelo que havia obtido êxito para as monarquias e os Estados em uniformização na Europa. Ora, este arquétipo de Estado nacional serviu tanto na metrópole como nas colônias, para atender ao objetivo próprio de determinado setor social dominante, o qual se afirma como hegemonia após as revoluções iluministas; no continente europeu refere-se à burguesia e na região às elites proprietárias de terras (VILLORO, 1998).

Contudo, deve-se resgatar da ideia de nação liberal a quase homogeneidade de culturas e tradições dos sujeitos submetidos ao

modelo centralizado de poder político denominado governo, este assentado na estrutura de democracia manipulada e fetichizada, que, hoje, encontra-se também em processo de reinvenção por não mais atender aos engodos do poder historicamente hegemônico, mas, sim, às classes que despertam da sua alienação e exigem acertar contas com a história.

Para Santos (2010), “*la plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión*”, ou seja, identificada com os interesses da diversidade das culturas suprimidas. O que há de comum agora é a articulação de múltiplas culturas e o respeito às diferenças em vez de igualdade em homogeneidades abstratas e redução de complexidades. Juntamente, não é demais trazer a conceituação histórica de Villoro (1998, p. 29), quando lembra que

La homogeneización de la sociedad nunca consistió, de hecho, en una convergencia de las distintas culturas, y modos de vida regionales en uno que los sintetiza, sino en la acción de un sector dominante de la sociedad que, desde el poder central, impuso su forma de vida sobre los demás. Los nuevos Estados nacionales se forman a partir del programa decidido por un sector social que se propone la transformación del antiguo régimen para formar una sociedad homogénea.

Sendo assim, a insurgência política, nos Andes e na Venezuela, demonstra uma postura de rompimento e transformação do paradigma estatal dominante; a partir da historicidade crítica, os sujeitos que foram coisificados e moldados à racionalidade externa homogeneizadora emergem no cenário político de exigibilidade das suas necessidades fundamentais, tomando o poder sob as variantes da mentalidade voltada aos interesses populares e com vista a absorver as complexidades, sem, contudo, uniformizá-las.

Nesse sentido, constrói-se “desde abajo” o respeito à condição cultural diferente, para longe das determinantes simplificadoras da tradição política elitista, fundar as bases do Estado que reconheça e

se firma na diversidade de culturas através do diálogo. A reinvenção do Estado como movimento político não limitado apenas à insurgência dos sujeitos históricos é também, questão de realocação das esferas da interpretação sobre nacionalidade uniforme para plurinacionalidade, com distribuição de poder e de autonomia para as práticas políticas, jurídicas e econômicas das comunidades autóctones, originárias e campesinas. Dessa forma, interessa que

[...] la plurinacionalidad no es la negación de la nación, sino el reconocimiento de que la nación está inconclusa. La polarización entre nación cívica y nación étnico-cultural es un punto de partida, pero no necesariamente un punto de llegada. (SANTOS, 2010, p.84).

Ou mesmo, pode-se reafirmar que

En el lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. Como lo demuestra la existencia de varios Estados plurinacionales (Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva Zelanda, etc.), la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro del mismo espacio geopolítico, del mismo Estado. El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia. (SANTOS, 2010, p. 81)

No processo da refundação plurinacional do Estado, vale ter presente a condição de pluriculturalidade existente, negada e encoberta pelo processo de colonização, forjada no seio dos interesses patrimoniais das elites dirigentes, em que a fundamentação violenta reformulava-se no tempo para seguir hegemônica. O alto grau de complexidade das relações sociais não pode mais ser sufocado pela racionalidade positiva e reducionista, mas direcionar-se para a racionalidade emancipatória ou, ainda, de libertação, embasada na crítica como movimento de

construção da nova realidade edificada por aqueles que sempre tiveram os espaços de poder e decisão negados.

O diálogo objetiva erguer outra unidade política, que não pressupõe a necessária uniformização. Na realidade, o que constrói nossa identidade é a multiplicidade de características culturais, logo, a partir dessa “mestiçagem cultural”, pode-se arquitetar um poder multifacetado, tão complexo do ponto de vista da sua composição, quanto desinibido de reducionismos homogêneos, enfim, qualitativa e quantitativamente plural.

A partir da leitura de Villoro, enfatiza-se que o resgate histórico não consiste em trazer discussões ou rivalidades do tempo pré-invasão, mas, sim, reconhecer o próprio processo de formação como intencionalmente fundado para uns poucos dominarem uma maioria desintegrada, moldada para produzir a individualidade, que lhe é estranha ao modo de vida comunal autóctone. A nossa situação política de unidade busca, no diálogo e na (re)distribuição intercultural decisória do poder, o melhor caminho para satisfação das justas necessidades humanas. Como dirá Luis Villoro (1998, p. 47):

No podemos volver atrás. Los siglos XIX y XX, a través de muchos sufrimientos, lograron construir una nueva identidad nacional: la nación mestiza. Se forjó una unidad real nueva, que permitió la modernización relativa del país. Sería suicida querer la disgregación de esa nación de lo que se trata es de aceptar una realidad: la multiplicidad de las diversas culturas, de cuya relación autónoma nacería esa unidad. Frente al Estado-nación homogéneo se abre ahora la posibilidad de un Estado plural que se adecue a la realidad social, constituida por una multiplicidad de etnias, culturas, comunidades.

Após a análise da formação do conceito de Estado-Nação moderno e a compreensão do resgate da pluralidade de nações dentro do mesmo espaço geográfico, pautados pela ideia de que a autodeterminação não significa independência (SANTOS, 2009), insere-se a questão no âmbito latino-americano: como converter o modelo colonial de nação

em instância emancipatória? Tal modelo estará em busca da libertação para ampliação do conceito de Estado. Para isto é lembrada a reflexão do jurista boliviano Idón M. Chivi Vargas (2010), “¿Qué es un Estado Plurinacional Comunitario?”, que nos responde da seguinte forma:

Quién puede negar que Bolivia esta conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales en los registros oficiales y particulares de ONGs y agencias de cooperación internacional (BID, BM, FMI). Nadie... Quien puede negar que debido a la inexistencia del Estado en las áreas rurales, sus habitantes (indígenas, originarios o campesinos) tuvieron que dotarse de mecanismos institucionales propios y efectivos. Tuvieron que mantener mecanismos que viniendo del periodo pre colonial se mezclaron con practicas coloniales de los españoles y aún hoy persisten, aunque reconceptualizadas por la propia visión de los pueblos indígenas o que fueron reconceptualizadas desde una apreciación por la vida en común, en colectivo, porque solo así era posible sobrevivir a un Estado hostil, un Estado eurocéntrico o norteamericanizado.

Sendo assim, pode-se notar que os movimentos pela refundação do Estado latino-americano surgem da exigência histórica por espaço democrático, congregam interesses a partir do abandono da posição de sujeitos passivos na relação social com os poderes instituídos. A constatação da pluralidade de nações permite exhibir uma resposta à indagação acima. Pode-se converter o modelo colonial de nação em instância emancipatória, quando houver o rompimento com os laços e as práticas exclusivistas das concepções liberal-individualista que mantinham as mesmas nações no “cabresto” político-jurídico monista.

No entanto, para esta reinterpretção pluricultural, foi destacado o papel do diálogo e da interculturalidade como os principais instrumentos, na medida em que não se devem repetir os erros dos dominadores, recolonizando o poder, ou mesmo tornando-o hegemônico novamente. Tal ideia se propõe impedir a sobreposição de culturas, no sentido de que haja compatibilidade dos “diferentes”, convergindo em diálogo humanitário. Para esta tarefa, Boaventura S. Santos (2010) sugere

um instrumento de trabalho na produção da epistemologia do sul, em que a centralidade da proposta se encontra nos pilares da ecologia dos saberes e na tradução intercultural; tal mecanismo se denomina “hermenêutica diatópica”, com a qual operacionaliza as duas ideias centrais para produção epistemológica sulina. Assim, “*La hermenéutica diatópica consiste en un trabajo de interpretación entre dos o más culturas con el objetivo de identificar preocupaciones isomórficas entre ellas y las diferentes respuestas que proporcionan*” (SANTOS, 2010, p. 46).

Juntamente a estas questões, é importante não perder de vista o fato de que se deve rever o Estado moderno dentro dos anseios populares e comunitários:

Entonces está aquí la idea de que la plurinacionalidad obliga, mas obviamente, a refundar el Estado moderno, porque el Estado moderno, como vamos a ver, es un Estado que tiene una sola nación, y en este momento hay que combinar diferente conceptos de nación dentro de un mismo Estado. La interculturalidad tiene esta característica que no es simplemente cultural, sino también política y, además, presupone una cultura común. No hay interculturalidad si no hay una cultura común, una cultura compartida (SANTOS, 2009, p. 202).

Após esta análise do movimento constitucional latino-americano pelo viés do empoderamento popular e do reconhecimento das diversidades sociais que compõem o espaço político-jurídico do Estado, no qual pode dar-se destaque novamente para o primeiro artigo da constituição boliviana¹⁰, com suas previsões do direito “plurinacional” e “intercultural”, fundando na “pluralidade” e no “pluralismo”, introduzir-

¹⁰ *Nueva Constitución Política de Bolivia - “Artículo 1- Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.”*

se-á o fenômeno já presente nas sociedades há séculos, mas que a cultura jurídica dominante, liberal-individualista tratou de encobrir com seu racionalismo monista, ou seja, o pluralismo jurídico, que vem como outra manifestação de produzir e aplicar o direito e a justiça.

2.1.2 Pluralismo jurídico

Seguindo com características que conferem originalidade a este movimento do constitucionalismo insurgente, menciona-se o pluralismo jurídico. Tema este que não é novo, pois bem se sabe que o pluralismo jurídico era vigente ao tempo da Idade Média¹¹ pré-centralização do poder político e jurídico nas mãos absolutas do Estado moderno em gestação. Assim é que os feudos ou mesmo reinos e organizações comunitárias possuíam seus direitos e modos de aplicar a justiça, tendo por segurança jurídica o seu direito costumeiro, temendo qualquer ingerência externa, somando-se ao mosaico de normatividades às legislações canônica, aristocrática e romana (HESPANHA, 2005).

Porém, nas últimas décadas, essa temática vem ressurgindo com força devido às crises epistemológicas e às insuficiências do direito e da justiça moderna, fazendo emergir o velho pluralismo jurídico adormecido no encobrimento das culturas autóctones ameríndias latino-americanas. Nesse contexto, para adequar-se ao diálogo que se apresenta sobre a refundação do Estado, far-se-á aporte ao entendimento do pluralismo jurídico, mas um tipo peculiar, que se propõe emancipatório, democrático e participativo, enfim “[...] como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos e consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais” (WOLKMER, 2001).

As sociedades segregadas pelo poder instituído foram submetidas ao modelo e à racionalidade do direito alienígena, estranha ao seu modo de pensar e agir juridicamente. Tal modelo colonizador tornou-se hegemônico e moldou o pensamento das elites dirigentes dentro da ideia

¹¹ Sobre este tema observar: Grossi (1996) ou Hespanha (1982).

do monismo, ou seja, a fonte do direito é a lei e a lei vem do Estado; algo como ideal dogmático, incontestável, que as faculdades ainda insistem em ter como seu modo jurídico de pensar. Contrariamente, como destaca Boaventura S. Santos (2010, p.89), “*el constitucionalismo plurinacional constituye una ruptura con este paradigma al establecer que la unidad del sistema jurídico no presupone su uniformidad*”.

Ora, o direito tradicional não se conforma suficiente para satisfazer as demandas sociais por justiça. As sociedades do Sul Global¹² possuem um alto grau de mestiçagem e complexidade, que os reducionismos do paradigma jurídico imperante não conseguem mais dar conta. Este projeto liberal-individualista, com alto teor de homogeneidade legal e abstração, não se apresenta como instrumento eficaz na produção da justiça, quiçá, nunca foi, devido à sua desconexão com a realidade social.

Ademais, os próprios tribunais se reorientam e tentam uma aproximação com as camadas populares, depois de séculos de distanciamento e opressão destas. Contudo, deve-se destacar as realidades como a dos países andinos, onde a produção da justiça paralela ao Estado é algo histórico que sobreviveu à invasão e à colonização do europeu; resgatar o pluralismo e a riqueza da produção jurídica autóctone das comunidades originárias é imprescindível para sedimentar a ideia de interculturalidade.

Dessa forma, enfatiza-se que a mudança na mentalidade e na cultura jurídica hegemônica à qual fomos moldados não é algo que acontece de imediato, pois a atual situação é de transição de paradigmas, avanços e também de alguns retrocessos. Então, como o mundo e a vida não param, estando em questão relações humanas, logo exigirá uma lenta transição. Mais uma vez ressalta Santos (2009, p.197):

¹² *El primer paso es aprender con el Sur. El Sur son los pueblos, los países y las naciones que han sufrido más con el desarrollo del capitalismo global, porque se mantuvieron como países subdesarrollados, en desarrollo permanente, sin llegar nunca el marco de los países desarrollados. Y por eso, aprender con el Sur significa que la comprensión del mundo es mucha más amplia que la comprensión occidental del mundo (SANTOS, 2009, p. 196).*

Después de dos siglos de supuesta uniformidad jurídica no será fácil para los ciudadanos, organizaciones sociales, actores políticos, servicios públicos, abogados y jueces adoptar un concepto más amplio de derecho que, al reconocer la pluralidad de órdenes jurídicos, permita desconectar parcialmente el derecho del Estado y reconectarlo con la vida y la cultura de los pueblos.

O pluralismo jurídico conformado em núcleos de justiça comunitária é uma das formas de manifestação para além da juridicidade institucional operacionalizada pelo pensamento mecânico da cultura hegemônica (a cultura do homem moderno ocidentalizado). Na medida em que estas práticas observam e orientam-se pelas tradições históricas de produção jurídica pelas comunidades, produzem seu modo de vida em comum.

Importa refletir a possibilidade do pluralismo jurídico dividir-se nas classificações: conservador e emancipatório (WOLKMER, 2001). Suas diferenças traduzem uma das “trampas” que podem minorar o ímpeto de rompimento com o paradigma dominante, na medida do exemplo conservador possuir seu embasamento na matriz liberal-individualista, composta por indivíduos isolados, mobilizados nos intentos privatistas econômicos; ao contrário, o tipo jurídico emancipatório é integrador, une indivíduos, sujeitos e grupos organizados em torno de necessidades comuns (WOLKMER, 2008).

Realizado este resgate, recupera-se, então, o modelo de pluralismo jurídico de tipo comunitário participativo, adequado aos intentos de quebra dos paradigmas da juridicidade monista moderna, e voltado aos ímpetos emancipatórios que o período exige. Este paradigma de pluralismo jurídico caracteriza-se pelo projeto de alteridade para o espaço geopolítico latino-americano e possui cinco características que lhe conferem originalidade como tal e sugerem o período de transição: a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização de um espaço público participativo; d) defesa pedagógica em favor da ética da alteridade; e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória (WOLKMER, 2001).

Na explicitação destes fatores, primeiramente, cabe a legitimação dos novos sujeitos sociais em contraposição ao sujeito coisificado, abstrato, privado e metafísico do liberalismo moderno. Em seguida, impõe-se a exigibilidade política da satisfação das necessidades fundamentais, que são exigências por bens materiais e imateriais de sobrevivência. Para isso, necessita-se da democratização e da descentralização do espaço público, ou seja, da reinvenção do espaço público tradicional dominado por clientelismo, autoritarismo e instabilidade sociopolítica para uma cultura de participação popular intensa. Outra característica é a defesa pedagógica em favor ética da alteridade que, segundo Wolkmer (2006), “[...] é a ética antropológica da Solidariedade [...] comprometida com a dignidade do outro”. Por último, a consolidação de processos conducentes a racionalidade emancipatória, ou seja “[...] racionalidade anti-tecno-formal, oposta a concepções operacionalista, calculista [...] voltada aos interesses históricos, da expressão de uma identidade cultural” (WOLKMER, 2006).

Sendo assim, as constituições de países como Colômbia, Bolívia e Equador já incorporaram o pluralismo jurídico e o direito de aplicação da justiça indígena paralela à juridicidade estatal, reconhecendo a manifestação periférica de outro modelo de justiça e de legalidade, diferente daquele implantado e aplicado pelo Estado moderno:

En su artículo 30, la Constitución de Bolivia establece un vasto conjunto de derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Es la expresión constitucional de la correspondencia, por primera vez en la historia del país, entre la fuerte presencia poblacional y el protagonismo político de los pueblos indígenas. Entre los derechos está el derecho a la jurisdicción propia cuyo ámbito queda definido en los artículos 190, 191 y 192. En la Constitución de Ecuador están igualmente reconocidos los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas (art. 57) y la jurisdicción indígena (art. 171). (SANTOS, 2010, p. 91).

Entretanto, existe um fator nesta seara que deve ser explorado: trata-se do limite ou âmbito da abrangência de tais previsões legais

sobre as competências da justiça comunitária. Em outros termos, aplica-se a justiça comunitária somente para os integrantes da comunidade ou apenas dentro do território comunitário? Isto é importante, pois:

La jurisdicción indígena se aplica exclusivamente a los indígenas, lo que suscita el problema de la jurisdicción aplicable cuando los conflictos envuelven indígenas y no-indígenas, lo que ocurre frecuentemente. Por otro lado, la jurisdicción indígena se aplica en los territorios indígenas, lo que suscita dos problemas. El primero es la delimitación del territorio que en muchos casos puede no ser muy clara. El segundo es el problema de los conflictos entre indígenas cuando ocurren fuera del territorio (SANTOS, 2010, p. 92).

Tem-se configurado um problema a ser resolvido: conflito de culturas jurídicas, ou, ainda, definição da juridicidade a ser aplicada quando do encontro das diferentes visões; de um lado, a justiça tradicional e, de outro, a comunitária. Diante disso, algumas propostas são apresentadas no âmbito do constitucionalismo insurgente:

La Constitución de Ecuador habla de conflictos internos. La formulación boliviana es más amplia y explícita: ‘se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino. [...] Probablemente, muchos de los conflictos entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria terminarán siendo solucionados por las cortes constitucionales, como ocurre en Colombia (SANTOS, 2010, p. 92).

Ou ainda, a constituição da Bolívia inova quando cria um órgão específico para debater tal questão:

Otro ejemplo será el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional, una institución clave en un Estado plurinacional, ya que le competirá resolver algunos de los conflictos más complejos resultantes de la coexistencia y convivencia de las varias naciones en el mismo espacio geopolítico. Para ser verdaderamente plurinacional no basta que el Tribunal incorpore diferentes nacionalidades;

es necesario que el proceso mismo de su conformación sea plurinacional (SANTOS, 2010, p. 86).

Nesse sentido, faz-se necessário lembrar e enfatizar a hermenêutica diatópica e a interculturalidade presentes nos atuais textos constitucionais: o simples fato de reconhecer o pluralismo jurídico no documento político mais importante do Estado não significa a solução para a quebra de paradigmas da justiça tradicional e suas práticas indolentes. Dessa maneira, se apresenta a relevante postura que devem demonstrar os atores políticos na condução de situações semelhantes, no sentido de evitar reducionismo, sobreposição cultural e injustiças.

Enfim, cumpre ressaltar, tanto seja o novo, quanto o velho pluralismo jurídico, o atual contexto se encontra diante do paradigma jurídico presente à margem do modelo hegemônico no direito, mas, que sobreviveu e oferece amplo leque de pesquisa sobre culturas jurídicas diferenciadas. Ora, para a satisfação da plurinacionalidade e do Estado participativo, deve-se ter em conta as complexidades e diversidades das visões do direito e da justiça; o que serve, certamente, para leitura e compreensão de algumas questões referentes à inovação no campo jurídico do recente constitucionalismo latino-americano.

Conclusão

O constitucionalismo moderno tradicional de matriz liberal-estatista não é mais integralmente satisfatório, pois, na advertência do advogado indígena boliviano Idon M. Chivi Vargas (2009, p. 158),

[...] tem sido historicamente insuficiente para explicar sociedades colonizadas; não teve clareza suficiente para explicar a ruptura com as metrópoles europeias e a continuidade de relações tipicamente coloniais em suas respectivas sociedades ao longo dos séculos XIX, XX e parte do XXI.

Tendo em conta essa preocupação, é que se introduz e ganha força a proposta do constitucionalismo insurgente (denominado por alguns de Constitucionalismo andino), que começa a gestar-se nos países latino-americanos, diante das mudanças políticas e dos novos processos constituintes com suas caracterizações. O impulso inicial do recente momento constitucional na América Latina foi marcado por um *primeiro ciclo* social e descentralizador das Constituições Brasileira (1988) e Colombiana (1991).¹³

Na sequência, perfazendo o *segundo ciclo*, encaminhou-se para um constitucionalismo participativo popular e pluralista, em que a representação nuclear desse processo constitucional passa pela Constituição Venezuelana de 1999.¹⁴

O *terceiro ciclo* do insurgente constitucionalismo latino-americano passa a ser representado pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008)¹⁵ e da Bolívia (2009),¹⁶ para alguns publicistas, tais textos políticos expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, coexistente com experiências de sociedades

¹³ Dentre algumas das significativas conquistas da Constituição Colombiana de 1991, ressalta-se: a) proclama, dentre seus princípios, a Democracia Participativa e Pluralismo (art. 1); b) jurisdições especiais: indígena (art. 246), juízes de paz (art. 247); c) jurisdição arbitral e conciliadores (art. 116); d) jurisdição eclesiástica (art. 42). consultar, a propósito: Velásquez Betancur (2008).

¹⁴ Em seu Capítulo IV do segundo título (Dos Direitos Políticos e do Referendo Popular), dispõe nos arts. 62, 70, da Participação Popular, mesclando representação com democracia participativa. Já em seu art. 136, introduz inovadoramente um Poder Público Nacional, dividido em cinco poderes: Legislativo, Executivo, Judicial Cidadão (art. 273) – é a instância máxima – e Poder Eleitoral. Algumas observações sobre a Constituição Venezuelana, cf.: Pisarello ([s./d.], fl. 03); Dussel (2007, p. 153-154).

¹⁵ A Constituição do Equador de 2008, além de ampliar e fortalecer os direitos coletivos (arts. 56-60: povos indígenas, afrodescendentes, comunais e costeiros), estabelece um inovador capítulo VII, que prescreve dispositivos (arts. 340-415) sobre o “regime de bem viver” e a “biodiversidade e recursos naturais”, ou seja, sobre o que vem a ser denominado “direitos da natureza”. Sobre a Constituição do Equador, observar alguns capítulos da obra coletiva: Verdum (2009). (Capítulos 4 e 5).

¹⁶ Sobre a Constituição da Bolívia de 2009, consultar: Verdum (2009) Igualmente: Chivi Vargas (2009); Martinez Dalmáu, Rubén. (2008); Clavero (2009).

interculturais (indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa).

Parece evidente que as mudanças políticas e os inovadores processos sociais de luta nos Estados latino-americanos engendraram não só novas constituições que materializaram novos atores sociais, realidades plurais e práticas desafiadoras, mas, igualmente, propõem, diante da diversidade de culturas minoritárias e da força inconteste dos povos indígenas do Continente, um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se “Constitucionalismo Pluralista Intercultural” (compreendendo, aqui, as expressões que já vêm sendo utilizadas: constitucionalismo andino ou indígena).

Nesse processo, é essencial que a Teoria do Direito e do Estado Constitucional tome em consideração o exame do Pluralismo Jurídico,¹⁷ para compreender a nova realidade constitucional latino-americana. Sem dúvida, a refundação das concepções políticas de Estado e direito estão sofrendo, nesse período de transição, importantes mudanças. Não se descarta a hipótese de retrocessos e reações contrárias no movimento, até mesmo em razão do grau de pressão que realizam os setores conservadores e reacionários, porém, indubitavelmente, estes países andinos jamais retornarão à submissão velada de um silêncio violentado e oprimido da colonização; a insurgência popular nos processos constituintes inaugura o novo período da jovial democracia latina-americana, que é, sem dúvida, um importante momento de amadurecimento das concepções políticas pensadas para nossa realidade.

Portanto, ainda que as incertezas, desconfianças e ceticismos planem sobre o continente, não irão faltar vozes para acudir em defesa do prosseguimento dessa marcha popular, e serão milhares de vozes;

¹⁷ Pautas para o Workshop “El (Neo) constitucionalismo multicultural en América Latina”. Org.: Daniel Bonilla Maldonado e Pavel H. Valer-Bellota. Oñati (Espanña), p.7-8 mayo 2009.

entendendo que se apropriar do direito e do Estado não basta, é preciso um processo de transformação destas instituições para que a história possa contar a descolonização pelo viés emancipatório, libertário e insurgente do povo que contornou seu passado, marcado por sangue inocente e verdadeiras catástrofes de desumanidade, impetrada pelo próprio ser humano aos seus pares, com a justificativa civilizatória imposta pela modernidade e por sua racionalidade. Enfim, a direção que aponta este novo constitucionalismo insurgente na América Latina é pela introdução e consolidação de princípios, pontuados no pluralismo, emancipação, interculturalidade e bem viver com dignidade.

Referências

ANDRADE, Fábio S. de. **Da codificação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CADUCCI, Michele. **A aquisição problemática do constitucionalismo ibero-americano**. Passo Fundo: UPF, 2003.

CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; VAZQUEZ, Rodolfo (Org.). **Estado de derecho**: concepto, fundamentos y democratización em América Latina. México: Siglo Veintiuno, 2002.

COLOMER VIADEL, Antonio. **Introducción al constitucionalismo ibero-americano**. México: Trillas, 2009.

CHIVI VARGAS, Idón M. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos indígenas**: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: IES, 2009. p. 45-67.

_____. **Constitucionalismo emancipatório y desarrollo normativo**: desafíos de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Bolívia, 2009b.

_____. **Nueva constitución y desarrollo normativo**. Agencia Latinoamericana de Información América em Movimiento. 2010. Disponível em: <<http://alainet.org/active/35872&lang=es>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

CLAVERO, Bartolomé. **Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio**. Agencia Latinoamericana de Información América em movimiento. Maio 2009. Disponível em: <<http://alainet.org/active/303117lang=es>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. **Sociología jurídica y uso alternativo del derecho**. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.

DUSSEL, Enrique. **20 teses de política**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio L.; CRUZ, Álvaro R. S. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34-56.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. As fronteiras do poder: o mundo dos rústicos. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, ano XXV, n. 51, p. 47-106, dez. 2005.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Assembleas constituíntes e novo constitucionalismo en America Latina. **Tempo Exterior**, n. 17, jul./dez. 2008c.

_____. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008. **Alter Justicia: Estudios sobre teoría y justicia constitucional**, ano 2, n. 1, p. 13-28, oct. 2008a.

_____. El Proyecto de constitución de Ecuador como último ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Entre Voces: Revista del Grupo Democracia y Desarrollo**, Quito, n. 15, p. 67-71, ago./sep. 2008b.

_____ ; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: EL NUEVO constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010. p. 9-44.

_____ ; VICIANO PASTOR, Roberto. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Ágora**: Revista de Ciencias Sociales, Valencia, n. 13, p. 55-68, 2005.

_____ ; VICIANO PASTOR, Roberto. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: <www.juridicas.unam.mx/wcccl/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2011.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: Dp&A, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pensar el Estado y la sociedad**: desafíos actuales. Buenos Aires: Waldhuter, 2009.

_____. **Refundación del Estado en América Latina**: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____. (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

TORRE VILLAR, Ernesto de La; GARCÍA LA GUARDIA, Jorge M. **Desarrollo histórico del constitucionalismo hispano-americano**. México: Unam, 1976.

VELÁSQUEZ BETANCUR, Jorge A. **El pluralismo en la constitución de 1991**. Medellín: ITM, 2008.

VERDUM, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

VILLORO, Luis. **Estado plural, pluralidade de culturas**. México: Paidós, 1998.

WIARDA, Howard J. **O modelo corporativo na América Latina e a latino-americanização dos Estados Unidos**. Petrópolis: Vozes, 1983.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Recebido em: 01/06/2011

Avaliado em: 29/08/2011

Aprovado para publicação em: 27/10/2011