

**NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O ESTADO MODERNO EM
CONTEXTOS PLURALISTAS¹**

**NEW CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE MODERN STATE IN
PLURALIST CONTEXTS**

Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira Filho²

Resumo: As discussões acerca do Estado Moderno, fundado na ideia de que nação e país se confundem, geram uma tensão permanente nas ex-colônias europeias na América Latina. A existência de povos e civilizações, com seus próprios costumes e sensibilidades jurídicas, foi desconsiderada na construção dos sistemas políticos e judiciais do continente. Ao longo das últimas décadas, a emergência de movimentos sociais que lutam pelo reconhecimento do caráter plural do continente, aliado às profundas transformações constitucionais que convencionou-se chamar de “novo constitucionalismo latino-americano”, torna essas encruzilhadas do Estado clássico de extrema importância aos juristas do Sul.

Palavras-chaves: Teoria do Direito; Constitucionalismo; Cultura; Pluralismo; América Latina.

Abstract: The discussions about the modern state, founded on the idea that nation and country are the same, generates a permanent tension in the former European colonies in Latin America. The presence of peoples and civilizations, with its own customs and legal sensibilities, was disregarded in the construction of political and judicial systems of this continent. Over the past decades, the emergence of social movements fighting for recognition of plural context in the continent, combined with profound constitutional changes which is conventionally called the "new Latin American constitutionalism", makes these crossroads of classical state of utmost importance for jurists of the South.

Keywords: Legal theory; constitutionalism; culture; pluralism; Latin America

¹ Data de recebimento do artigo: 23.07.2014.
Datas de pareceres de aprovação: 19.08.2014 e 07.09.2014.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 03.11.2014.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (PPGDPP/UNIRIO).

1. Introdução

Desde meados da década de 80, a América Latina foi campo de uma série de reformas constitucionais: Nicarágua em 1987, Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Peru em 1993, Argentina em 1994, Venezuela em 1999, Equador em 2008 e Bolívia em 2009³. Parte desse processo ocorreu posteriormente à supressão de longos regimes militares; ou em meio às demandas de movimentos populares em plena democracia, para aprofundar transformações institucionais que acompanharam a ascensão de novas forças políticas. Até então, as reformas constitucionais no continente haviam sido marcadas por pouca participação popular, com objetivos programáticos pensados ao curto prazo, como as questões referentes à reeleição presidencial ou introdução de instituições a partir de experiência externas, como os conselhos de magistratura europeus. Resultado da colonização, a cultura jurídica e as instituições na América Latina derivam da tradição legal europeia e são marcadas por sua característica elitista e contra majoritária, e, ao longo do tempo, aprofundaram a invisibilidade dos povos originários e seus costumes. Estudioso do pluralismo jurídico, o Prof. Antônio Carlos Wolkmer (2010, p. 147) sintetiza:

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.

Assim, a independência das colônias não se deu com base em uma ruptura significativa na ordem social, econômica e político-constitucional. Com o tempo vão incorporar e adaptar doutrinas eurocêntricas econômicas capitalistas, do liberalismo e do positivismo. Esta última, vista como expressão de uma nova ordem política e legal, encontrou solo fértil na construção dos Estados, por parte da elite branca descendente de europeus, que surgiram nesse período

3 O Prof. Rodrigo Uprimny (2011, p. 109) ressalta, ainda, as emendas constitucionais que ocorreram na Costa Rica em 1989, Chile, México em 1992.

(WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 375). O constitucionalismo se desenvolveu a partir das tradições constitucionais clássicas: a norte-americana e a francesa. Prevendo uma série de princípios universais, como a igualdade e liberdade, em uma sociedade estratificada, hierárquica, que marginalizava os povos originários e, ainda, possuíam descendentes de africanos escravizados.

Como a dominação de classe e a dominação étnico-racial, decorrentes do processo de colonização, são relacionadas (SANTOS, 2010, p. 29), a luta anticapitalista e a luta anticolonialista passam a impulsionar algumas no período que se inicia no final da década de 80. Venezuela, Colômbia, Peru, Bolívia e Equador⁴, países andinos marcados pela existência de importantes culturas tradicionais em seus territórios, passam a admitir constitucionalmente o pluralismo jurídico. Em contraposição ao constitucionalismo convencional, individualista, estatal e liberal sobre o qual tem caminhado as constituições latino-americanas, o pluralismo jurídico rompe com uniformização e o monismo do Estado nacional, propõe uma visão multicultural, emancipadora e democrática com perspectiva a um novo Estado de Direito, chamado de Pluridimensional (WOLKMER, 2010, p. 145). O reconhecimento do direito consuetudinário dos povos pré-colombianos vai tornar-se a marca principal do que convencionou-se chamar de “novo constitucionalismo latino-americano”.

A contribuição dos povos originários, que historicamente foram excluídos dos processos constituintes passados, deu aporte ao desenvolvimento de uma nova forma de organização do Estado, objetivando a harmonia com a natureza e a construção de outra convivência cidadã⁵. O projeto constitucional que está sendo implantado nesses países transformou a organização do poder do Estado e o papel da sociedade dentro dele, com forte participação popular durante esse processo. Apresenta entre seus objetivos a integração de setores historicamente excluídos e a busca pela efetivação dos direitos fundamentais sociais e os direitos internacionais dos direitos humanos. Fundamenta-se também no caráter descolonizador, dando protagonismo aos princípios

4 Da mesma forma, México, Nicarágua e Paraguai. cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Un guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT. Perú: Programa para promover el convenio núm. 169 de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, 201 p.

⁵ Previsões, por exemplo, da parte “Decidimos construir” do Preâmbulo da Constituição do Equador de 2008.

das nações indígenas, e no processo intercultural. A plurinacionalidade acaba rompendo com os limites do Estado constitucional e obriga a uma nova institucionalidade. Ainda que assumindo características que se diferem a cada país, alguns autores classificam os Estados latino-americanos de acordo com o reconhecimento em maior ou menor grau do pluralismo jurídico e do Direito indígena: em um primeiro nível, estariam os Estados monistas e etnocêntricos, que não reconhecem os sistemas jurídicos indígenas; em segundo, os Estados que aceitam os costumes jurídicos indígenas perante os juízos estatais, sem reconhecer a jurisdição própria das autoridades indígenas; por fim, os Estados que reconhecem tanto o Direito como a própria jurisdição indígenas (ALMEIDA, 2011, p. 45).

O primeiro contato empírico com a questão do constitucionalismo latino-americano ocorreu em Sucre – capital da Bolívia “no papel” e sede da *Asamblea Constituyente* – durante as manifestações que ocorreram no fim de 2007. Naqueles dias, a “Cidade Branca”, como era conhecida, havia assistido a oposição ao governo do indígena Evo Morales se retirar do processo constituinte. Houve um recrudescimento dos atos para manter sua condição de *capitalía plena*, e sua paisagem passou a conformar-se de intermitentes protestos e carros queimados, culminando com a polícia local abandonar seus postos. Percebi que o contratualismo e o poder constituinte, explicado nas classes de Direito Constitucional, não continham a dinâmica realidade daquele processo. A futura constituição tomava parte de grande parte das discussões políticas locais à época, sendo marcante a popularização do texto do projeto de constituição, editado e vendido nas praças com preços simbólicos. Posteriormente, foram promulgadas as Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009, representando um ponto de inflexão do constitucionalismo local, marcadamente pela participação popular em sua elaboração e no reconhecimento de novos direitos a grupos sociais marginalizados, até então, do processo político. Ainda que todo esse processo seja relativamente recente, o trabalho vai abordar estas transformações constitucionais e seus princípios programáticos que apontem uma superação do Estado moderno. Em primeiro lugar, traduzindo essa realidade para o acúmulo da teoria constitucional, e posteriormente estudando os textos constitucionais para traçar o que constitui o caráter inovador desse movimento e os motivos pelos quais fez com que fosse alcunhado de constitucionalismo

“transformador” (SANTOS, op. cit., p. 71), “da diversidade” (UPRIMNY, 2011, p. 112), “comprometido” (PASTOR, DALMAU, 2011, p. 313), entre outros.

2. O olhar da teoria constitucional

De todos os conceitos de constituição, o que me parece aproximar-se mais da realidade sobre a qual trata este trabalho, é o que revela seu caráter de correlação de forças e de lutas sociais, em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade⁶. Em seu clássico livro “A essência da Constituição”, Ferdinand Lassalle já apontava a importância dos fundamentos sociais e políticos, para além dos fundamentos formais, de uma constituição. Em sua visão, a Constituição é lei fundamental, básica, sendo o verdadeiro fundamento das outras leis (LASSALLE, 2000, p. 9) e devia, portanto, irradiar-se através das leis ordinárias do país. Por outro lado, a Constituição de um país tem como essência a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação (*ibid.*, p. 17), que ao serem positivados transformam-se em instituições jurídicas. Enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializaria uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas. Nessa dimensão do conceito de constituição, Wolkmer (2010, p. 144) enxerga “um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais”, que “[...] congrega e reflete, naturalmente, os horizontes do Pluralismo”.

O constitucionalismo, se considerarmos o caminho desde a Revolução Gloriosa (1688), da guerra de independência nos Estados Unidos (1776) e da Revolução Francesa (1789), se caracterizou como uma corrente ideológica que vai evoluindo junto ao próprio conceito da palavra. Abdicando da tentativa de explicar todo o processo histórico, sob o qual caminhou o constitucionalismo até o momento denominado como neoconstitucionalismo, resalto os quatro

6 “Assim, toda sociedade política tem sua própria constituição, corporalizando suas tradições, costumes e práticas que ordenam a tramitação do poder. 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.” (WOLKMER, 2010, p. 143)

paradigmas constitucionais descritos pelos constitucionalistas espanhóis Prof. Roberto Viciano Pastor e Prof. Rubén Martínez Dalmáu (2011, p. 309): o surgimento do constitucionalismo liberal das revoluções burguesas, a partir do final do século XVIII, centrado na defesa dos direitos individuais e limitação do poder; sua evolução conservadora ao positivismo e estabelecimento do Estado de Direito, que abarca o século XIX e a virada pro séc. XX; o constitucionalismo democrático durante as primeiras décadas do século XX, que viria a retomar princípios do contratualismo e da legitimidade democrática do poder em Rousseau; e o constitucionalismo social, com o objetivo “nunca bem concluído” de garantir direitos sociais no contexto da sociedade capitalista de bem-estar, que abriu espaço para o conceito de Estado Social e Democrático.

A implementação do Estado democrático constitucional contemporâneo, em especial em nações de tradição continental como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, acarretou mudanças quanto ao papel desempenhado pelo texto constitucional, que passaram a ser visto como um “programa positivo de valores que deve ser atuado pelo legislador” (ZAGREBELSKY apud MAIA, 2009, p.5). As constituições como a espanhola de 1978 ou a brasileira de 1988, se configuram como limite e direção ao mesmo tempo, não se limitando a estabelecer competências ou separar os poderes do Estado. Ao contrário, elas possuem altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos objetivos e finalidades. Nesse sentido, o constitucionalismo europeu contemporâneo reconhece tanto a tradição liberal, que entende a ordem constitucional como instrumento de garantia da esfera mínima intangível de liberdade dos cidadãos; quanto as modificações consagradas pelo constitucionalismo pós-guerra. Contrariando as sugestões de Kelsen, o que se viu foi uma incorporação de conteúdos subjetivos no topo do ordenamento jurídico, estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral. Os princípios constitucionais abriram uma via de penetração da moral no direito positivo, incorporando às constituições princípios - dignidade da pessoa humana, solidariedade social, liberdade e igualdade - juridicamente válidos, expressão da ética política moderna.

Esse movimento rejeita as proposições do positivismo teórico e buscam converter, sem ruptura, o Estado de Direito no Estado constitucional de Direito. Para os professores Pastor e

Dalmáu (2011, p. 311), o neoconstitucionalismo se configura como uma teoria do Direito e não, propriamente, como uma teoria da constituição. Enquanto teoria do Direito, parte da onipresença de princípios jurídicos, como a interpretação constitucional, para descrever as conquistas da *constitucionalização*: esse processo que modificou os grandes sistemas jurídicos contemporâneos, tornando a constituição a norma superior do Estado que irradia-se por todo ordenamento. O neoconstitucionalismo, como pode-se perceber, é produto de teorias da doutrina e da academia; e, como se verá, diferencia-se do novo constitucionalismo latino-americano, que parte das reivindicações populares e da ascensão de movimentos sociais:

El nuevo constitucionalismo mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el neoconstitucionalismo y plantea, al igual que éste, la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado constitucional. Pero su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la constitución sino, incluso en un primer orden, sobre la legitimidad democrática de la constitución. En efecto, el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente del pueblo y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente, y la constitución, entendida en su sentido amplio como la fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales. Desde este punto de vista, el nuevo constitucionalismo reivindica el carácter revolucionario del constitucionalismo democrático, dotándolo de mecanismos que pueden hacerlo más útil para la emancipación y avance de los pueblos, al concebir la constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido. (ibid.).

3. O novo constitucionalismo latino-americano

Conforme o abordado na introdução, o período posterior à colonização não pressupõe uma ruptura na ordem social, muito menos uma reflexão sobre o pluralismo cultural que existia em nossas sociedades. O constitucionalismo moderno tradicional, explica o jurista e indígena aymará Chivi Vargas (*apud* WOLKMER, 2011, p. 402), “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”. Na busca por superar esse passado

não resolvido, as ex-colônias implementaram uma série de reformas constitucionais que convencionou-se chamar de “Novo constitucionalismo latino-americano”. Essa teoria do Direito superou as discussões sobre a dimensão positiva das constituições, retomando questões afins ao contratualismo, e focando na exterioridade da constituição, sua legitimidade democrática e a relação entre a vontade constituinte e constituída. Dentro da perspectiva democrática, só uma constituição que realmente represente a vontade constituinte popular, pode ser utilizada como fundamento de um ordenamento jurídico. Nesse sentido, o novo constitucionalismo pode ser visto, subsidiariamente, como uma teoria democrática da constituição, retomando de forma radicalizada o constitucionalismo democrático. Como observa os professores Pastor e Dalmáu (2011, p. 321), essa teoria tornou-se prática na América Latina, uma vez que os processos constituintes do qual tratamos foram realizados a partir da convocação de uma Assembleia Constituinte democraticamente eleita, e seguida de uma ratificação popular direta do texto constitucional.

Quanto ao ponto de partida do novo constitucionalismo, é preferível reconhecer sua evolução a partir de distintos ciclos de reformas constitucionais, como o esquematizado pelo desenho tripartite da Prof. Raquel Yrigoyen Fajardo (2011, p. 141). Para a autora, o primeiro ciclo seria o *constitucionalismo multicultural* (1982/1988), que introduz o conceito de diversidade cultural e reconhece direitos indígenas específicos. Ressalto que, apesar da tentativa de estabelecer cronologicamente seu início e fim, este ciclo ainda se confunde com o período do neoconstitucionalismo do qual tenta apartar-se. Decorre disso, o fato da Constituição do Brasil ser considerada mais representativa de um neoconstitucionalismo, uma vez que a preocupação da legitimidade democrática não ser sua característica principal apesar de prever instrumentos como referendo e plebiscito popular. Pela recepção de princípios do multiculturalismo e do reconhecimento do direito à diferença das minorias sociais, podem ser incluídos nesse ciclo o texto brasileiro (1988) e as reformas da Guatemala (1985) e Nicarágua (1987).

O segundo ciclo é marcado pelo constitucionalismo participativo e pluralista, que segundo Wolkmer (2011, p. 403) tem seu auge na Constituição Venezuelana de 1999. Fajardo (2011, p. 142) nomeia de constitucionalismo pluricultural (1988/2005), e abarca conceitos de nação multiétnica e Estado pluricultural, prevê amplo catálogo de direitos indígenas e outros

coletivos étnicos, bastante influenciado pelos princípios que decorreram da Convenção 169/OIT. No bojo do reconhecimento da identidade multicultural e do pluralismo social, político e jurídico dos estados latino-americanos, esse ciclo abarca as reformas da Colômbia (1991), do México (1992), do Paraguai (1992)⁷, do Peru (1993), da Bolívia (1994), da Argentina (1994), do Equador (1998) e da Venezuela (1999).

O terceiro e, por enquanto, o último ciclo, marcado pelo caráter revolucionário das Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), seria o *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009) ou, nas palavras de Wolkmer (*ibid.*) se constitui como um “constitucionalismo plurinacional comunitário”. Fajardo (2011, p. 149) atribui como seu ponto de partida a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2006-2007). Sua principal inovação é romper com universalismo e apontar uma saída pluralista para a questão da igualdade e liberdade do Estado de Direito, a partir das experiências de sociedades interculturais, reconhecendo novas fontes de produção de Direito: ao lado da jurisdição ordinária, passa a ser considerada a jurisdição originária, indígena ou campesina, suas autoridades, instituições, práticas e costumes.

Analisando as características do novo constitucionalismo, Pastor e Dalmáu (2011) destacam: i) a ruptura com o sistema constitucional prévio, com fortalecimento, no âmbito simbólico, da dimensão política da Constituição; ii) textos inovadores, que desenham uma nova integração nacional e uma nova institucionalidade; iii) fundamentação baseada em princípios, em detrimento de regras; iv) textos constitucionais extensos, mas marcado pelo uso de linguagem acessível, por exemplo, com a troca de termos como *habeas corpus* por *acción de libertad*; e *habeas data* por *acción de protección de privacidad*; v) a rigidez dos textos constitucionais, que proíbem os poderes constituídos de reformá-los sem um novo processo constituinte⁸; vi) busca de

⁷ Embora Wolkmer e Fajardo não posicione o Paraguai em nenhum dos ciclos, este trabalho irá demonstrar sua semelhança com outros textos desse segundo ciclo.

⁸ “Por último, ya se ha hecho referencia a la eliminación del e 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

instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, com a democracia participativa como complemento do sistema representativo; vii) uma extensiva carta de direitos, com incorporação de tratados internacionais e integração de setores marginalizados; viii) a passagem de um predomínio do controle difuso de constitucionalismo pelo controle concentrado, incluindo-se fórmulas mistas; ix) um novo modelo de “constituições econômicas”, simultâneo a um forte compromisso de integração latino-americana de cunho não meramente econômico.

O terceiro ciclo representa um amadurecimento das características inovadoras desse constitucionalismo que culmina na chamada refundação do Estado moderno. Os textos andinos vão se dedicar à superação da herança colonialista, valorizando a cultura milenária dos povos e nações desses países. Para essa finalidade, surge uma institucionalidade que aporta o pluralismo cultural e incorpora os processos de organização comunitários. Um resultado do projeto de descolonização é a criação de um novo catálogo de direitos e princípios, que rompe com a tradição geracional e eurocentrada. Nas Constituições boliviana e equatoriana, por exemplo, o ancestral princípio andino do *buen vivir* foi alçado ao rol de princípios constitucionais fundamentais. Na nossa gramática, assemelhasse ao bem comum da humanidade visto a partir da cosmovisão andina: o bem viver coloca a vida como eixo central da sociedade e abre um leque de garantias e direitos sociais, econômicos e ambientais. O vínculo com os saberes tradicionais alcançou a inclusão nas constituições a partir da expressão na própria língua originária: *Sumak Kawsay* (EQUADOR, 2008) e *Suma Qamaña* (BOLÍVIA, 2009), respectivamente. O artigo 8^a da Constituição boliviana prevê, ainda, como princípios e valores ético-morais do Estado plurinacional a tríade *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* – em tradução literal, essa regra que remete ao regime incaico (DELGADO BURGOA 2010, p; 45) significa “não seja folgado, não seja mentiroso, não seja ladrão”; *ñandereko* – vida harmoniosa, *teko kavi* – boa vida, *ivi maraei* – terra sem mal - e *qhapaj ñan* – caminho ou vida nobre. O protagonismo indígena, e a inclusão de princípios próprios de sua cosmovisão, fez com que esses textos previssem, ainda, direitos próprios à *Pachamama*. Ou seja, direitos próprios à natureza, como proteção de mananciais e de

constitucionalismo y tan extendida en el constitucionalismo europeo”. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 324).

rios ou preservação de paisagens naturais e florestas, que agora é elevada à categoria de sujeito de direitos⁹.

3.1 A Refundação do Estado nos textos constitucionais

Cada um desses temas abre caminho para um campo fértil às pesquisas das ciências sociais e jurídica, mas para se ater ao objeto do trabalho - as encruzilhadas do Estado moderno em meio a esse novo constitucionalismo - gostaria de ressaltar, ainda, a ruptura com o sistema clássico de tripartição do poder esquematizado por Montesquieu e as transformações operadas no conceito de cidadania das Revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. Na Bolívia, foi criado um quarto poder - *Órgano Electoral Plurinacional*, que busca controlar e fiscalizar os órgãos de representação política do Estado boliviano; e no Equador são cinco as funções do Estado - além do executivo, legislativo e judiciário, somam-se dos Poderes Eleitoral e de Transparência e Controle Social (SANTOS, 2010, p. 95). As características dos três clássicos Poderes do Estado não foram mantidas em sua totalidade, tendo sido transmutados em novas instituições como o boliviano Tribunal Constitucional Plurinacional, com membros escolhidos por voto; ou transformados para comportar a contribuição dos povos originários (ibid.), como no caso do poder “judicial e da justiça indígena” no Equador.

A cidadania passa a assumir novas dimensões, assim como sua relação com a nacionalidade, identidade e cultura. Há menções diretas à cidadania dos povos originários ou indígenas, nas constituições da Bolívia e do Equador - também na Venezuela, mas tratando-se de outro ciclo. A nação boliviana, por exemplo, é conformada pelos bolivianos e bolivianas, pelas nações e povos indígena, e pelas comunidades interculturais e afrobolivianas (CPE, Art. 3º), sendo excluídos do texto inicial a menção às comunidades urbanas de todas as classes sociais. A nacionalidade equatoriana é reconhecida como o vínculo jurídico ao Estado (CRE, Art. 6º), sem prejuízo do pertencimento a nacionalidades indígenas que coexistam no Equador *plurinacional*. A constituição venezuelana tratava o tema com uma abordagem distinta, afirmando o papel dos

⁹ Para aprofundar na questão específica da *pachamama* como sujeito de direitos, ver ZAFFARONI, E. R. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: CHIVI VARGAS, I. M. (coord.). *Bolívia. Nueva Constitución Política del Estado*, 1 ed., La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 109- 132.

povos indígenas na formação do povo venezuelano como “único, soberano e indivisível” (CRBV, Art. 126).

Às nações e povos originários ou indígenas, protagonistas desse processo, são previstos direitos políticos específicos, rompendo lógica de igualdade formal do Estado liberal: os direitos ao voto e participação dos povos originários na Bolívia, como o de se realizar eleições de acordo com suas próprias regras (CPE, Art. 26º, II e 211º, I, II); da proporcionalidade da Câmara refletir a composição plurinacional da sociedade (CPE, Art. 146º, IV), inclusive no âmbito departamental (CPE, Art. 278º, I, II). O direito à representação desse pluralismo é garantido, inclusive, entre os ministros de Estado (CPE, Art. 172º, 22); na Corte Constitucional (CPE, 197, I) também devem estar assegurados representantes dos sistemas originários; e a Suprema Corte Eleitoral deve garantir ao menos dois membros – do total de sete – das nações indígenas rurais (CPE, Art. 206º, II). De forma mais modesta, o Equador garante a participação das comunas, comunidades, povos e nações indígenas nas decisões sobre políticas públicas, planejamento e projetos do Estado (CRE, Art. 57). Ainda no âmbito da representação, a Constituição colombiana prevê 2% das vagas do senado para comunidades indígenas (CPC, Art. 171), uma jurisdição própria às autoridades indígenas (CPC, Art. 246) sua participação no planejamento da configuração territorial do país (CPC, Art. 329). A título de comparação, a venezuelana prevê o direito dos povos nativos de participar da política e serem representados na Assembleia Nacional (CPC, Art. 125), sua participação na demarcação de suas terras (CPC, Art. 119) e a competência territorial de suas autoridades na administração da justiça segunda suas tradições e afetando somente seus membros (CPC, Art. 260).

Como se pode verificar em alguns dispositivos, a questão da cultura e da identidade é abordada mais pela gramática do reconhecimento de um multiculturalismo existente do que de fato uma refundação do Estado. Nesse sentido foram garantidos direitos como o de ser julgado na própria língua na Bolívia (CPE, Art. 120º, II) e Peru (CPP, Art. 2, 19), e o direito à um tradutor no Paraguai (CRP, Art. 12, 4), Equador (CRE, Art. 76, 7, “f”) e Venezuela (CRBV, Art. 49, 3); bem como princípios da não discriminação quanto ao idioma¹⁰ e proteção e ensino dos idiomas

¹⁰ São eles: Bolívia (CPE, Art. 14º, II), Colômbia (CPC, Art. 13) e Equador (CRE, Art. 11).

nativos¹¹. Entretanto, no que se refere à língua oficial do Estado há uma inovação importante: na Bolívia tornaram-se *oficiais* 36 idiomas além do castelhano (CPE, Art. 5º, I), sendo prevista a obrigatoriedade dos governos utilizarem-se de, pelo menos, dois idiomas¹². Pelo número expressivo, excede as previsões feitas até então pelo Paraguai (Castelhano e Guaraní previstos no Art.140 da CRP), Peru (art. 48, castelhano, e quando predominantes, também o aymará, quéchua ou qualquer outro) ou no Equador, que foram previstos três idiomas como oficiais nas relações interculturais¹³.

Por fim, a superação da dominação dos povos originários perpassa, necessariamente, pelo direito ao autogoverno e a administração da justiça, segundo seus métodos e costumes tradicionais. Na América Latina, o pluralismo jurídico¹⁴ encontrou um campo fértil e, em maior ou menor grau, a maioria de seus países vão tratar da competência jurisdicional e administrativa em seus textos, ou são signatários de tratados internacionais que aborde o tema. Pluralismo jurídico. O Estado Plurinacional da Bolívia é o que mais se dedica às jurisdições ordinárias e indígenas¹⁵, estabelecendo que ambas possuem igual hierarquia (CPE, Art. 179, II). As nações e povos originários indígenas possuem competência jurisdicional, com base em suas próprias autoridades, princípios, valores culturais, normas e procedimentos. O texto expressa que deve respeitar os direitos à vida, à defesa e àqueles garantidos na Constituição. Essa jurisdição se baseia em um tipo específico de conexão entre os membros de uma respectiva nação ou povo, e

¹¹ Está presente nas constituições da Argentina (CNA, Ar. 75, 17), da Bolívia (CPE, Art. 30, II, 9 e Art. 95, II), do Brasil (CRFB, Art. 210, §2 e Art. 231), da Colômbia (CPC, Art. 10), do Paraguai (CRP, Art. 140) e Venezuela (CRBV, Art. 9).

¹² Por exemplo, o governo autônomo, departamental e plurinacional deverão fornecer suas publicações em duas línguas - o castelhano e outra dentre as originárias que seja predominante naquele território. (CPE, Art. 5º, II)

¹³ São eles o castelhano, o *kichwa* e o *shuar*. (CRE, Art. 2º)

¹⁴ Sobre o conceito de pluralismo: “Hay una situación de pluralismo jurídico cuando en un mismo espacio social o geopolítico (como el de un Estado) co-existen varios sistemas normativos. Boaventura de Sousa Santos (1994) considera que puede haber muchas fuentes del pluralismo legal: una situación colonial, la presencia de pueblos indígenas, un período revolucionario o de modernización, poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también situaciones de desregulación al interior del propio Estado, y un pluralismo transnacional (lex mercatorum) que imponen las transnacionales por encima de las regulaciones locales.” (FAJARDO, 2006)

¹⁵ Conforme Chivi Vargas (2010, p. 197): “un sistema de justicia plural basado en el reconocimiento de diferentes jurisdicciones — ordinaria, agroambiental, indígena originaria campesina— que, bajo sus propias autoridades, normas y procedimientos resuelven controversias que se presentan en los lugares en que se aplican. Su convivencia protege los derechos individuales y colectivos. [...] Es una expresión fundamental de la plurinacionalidad el reconocimiento de que existe en cada pueblo una forma de ejercer justicia según su propia cultura. Es otra forma esencial de descolonización porque deja de lado la visión monocultural y exclusivamente liberal.”

seus membros estão sujeitos à ela sempre que figurem como parte e os fatos jurídicos tenham ocorrido em seu interior. Obedecem à uma legislação de *deslinde* entre as jurisdições e suas decisões deverão se acatadas por todas as pessoas e autoridades públicas (CPE, Art. 190, I, II, Art. 191, I, II e Art. 192, I, II, III).

A Constituição boliviana dedica, ainda, um capítulo sobre a “autonomia indígena originária campesina”, que consiste na garantia autogoverno e livre determinação desses grupos. A conformação dessas *autonomias* é baseada nos territórios ancestrais, devendo passar por consulta e elaboração de um Estatuto próprio, possuindo uma denominação que corresponde ao povo, nação ou comunidade. Elas poderão ser unificadas a outras autonomias, e são exercidas segundo seus próprios regulamentos, instituições, autoridades, procedimentos, sempre em harmonia com a constituição (CPE, Art. 289, 290, I, II, Art. 292 e Art. 296). A lista de competência das autonomias é extensa, além das que podem ser transferidas ou delegadas. Entre as competências exclusivas, destaco as desenvolver e exercer as suas próprias instituições democráticas; de gerir e administrar seus recursos naturais; criar e administrar taxas, patentes e contribuições especiais em seu âmbito; administrar seus impostos; planificação e gestão de seu território, sistema elétrico, patrimônio cultural, natural, etc. Há ainda competências compartilhadas e concorrentes com os outros entes do Estado Plurinacional (CPE, Art. 304).

Pautada pela interculturalidade e plurinacionalidade, a constituição equatoriana estabelece uma organização política e administrativa do Estado comportará circunscrições territoriais de povos indígenas e afroequatorianos. Esses regimes especiais de administração, correspondentes a um governo autônomo, serão regidos de acordo com seus direitos coletivos. Para serem criadas as circunscrições, é necessária aprovação em consulta, com dois terços dos votos válidos (CRE, Art. 257). Sobre o *jusdiversidade*, a constituição do Equador prevê que as comunas, comunidades, povos e nações indígenas possuem o direito de “criar, desenvolver, aplicar e praticar seu direito próprio e consuetudinário”, nos limites da Constituição da República e, expressamente, sem violar direitos de mulheres, crianças e jovens (CRE, Art. 57, 10) e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. A “justiça indígena”, agora parte da função judicial do Estado, vai se ocupar de aplicar as normas próprias de resolução de conflitos internos, “sempre com a participação das mulheres” (CRE, Art. 171). O poder constituinte equatoriano

preveniui algumas das consequências do pluralismo jurídico, positivando o princípio conhecido em nosso país como “*non bis in idem*”. No texto da constituição de 2008 está a garantia de que a jurisdição indígena é considerada para este fim (CRE, Art. 76, 7, “i”).

Na Colômbia, as autoridades indígenas poderão exercer sua jurisdição em seus territórios, desde que não conflitem com a Constituição Política e as legislações da república (CPC, Art. 246). Resolução semelhante adotam o Paraguai – “*siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución*” (CRP, Art. 63), o Perú – “*siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona*” (CPP, Art. 149) – e a Venezuela – “*siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público*” (CRBV, Art. 260). Embora não se trata do novo constitucionalismo em si, todos os dispositivos constitucionais refletem, à maneira local, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes de 1989¹⁶. O Brasil é um de seus signatários sul-americanos – só o Uruguai, Suriname e as Guianas não assinaram - e, após sua promulgação pelo Decreto nº 5.051 de 19 de Abril de 2004, ele passa a ter força normativa, devendo ser cumprido internamente e aplicado pelo judiciário brasileiro (OLIVEIRA FILHO, 2013, p. 27).

4. Conclusão

São muitas as questões colocadas para o constitucionalismo pelas reformas das últimas décadas. O contrato social, chave da racionalidade social e política moderna, é extremamente ligado à ideia de uma nacionalidade assentada em um território; e da soberania caminhando ao lado de uma cidadania igualitária e universalizante. Empiricamente o que se encontrava era uma sociedade hierárquica e excludente, que desconsiderava sua diversidade cultural e perpetuavam as relações de dominação colonial. A questão da plurinacionalidade, também colocada na Ásia,

¹⁶ A previsão do Artigo 8.2 do Convênio 169, por exemplo, previa que: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.”

na África, e mais timidamente no “norte” como a Suíça, na Bélgica, na Espanha e no Canadá, traz consigo realidades jurídicas completamente novas, assim como novos desafios à teoria e doutrina do Direito. Da mesma forma abrirá novos caminhos a percorrer, novos enfoques e perspectivas às questões jurídicas. O Prof. Louk Hulsman (2003), na obra prima “Das Penas Perdidas”, fazia a comparação: “se afastado do meu jardim os obstáculos que impedem o sol e a água de fertilizar a terra, logo surgirão plantas de cuja existência eu sequer suspeitava”. Essa nova forma de encarar o Direito e a Teoria Constitucional, à luz da verdadeira e democrática vontade constituinte, permite uma melhor reflexão sobre a existência de um ideal único de justiça e sua normatização. Entre os autores mais entusiastas do potencial dessas transformações: Boaventura de Souza Santos adverte para o caráter de uso contrahegemônico de instrumentos hegemônicos (2010, p. 30); Wolkmer e Fagundes (2011, p. 378) falam de um processo de descolonização do poder e da justiça.

O objeto deste trabalho, é bom afirmar, não comportaria uma conclusão definitiva, visto que se trata de um processo recente e que, ainda, não pode ser considerado encerrado. Basta lembrar que após as grandes manifestações populares que ocorrem em Junho de 2013, algumas forças políticas brasileiras apresentaram a proposta de uma “constituente exclusiva” para reforma eleitoral, como um dos pactos propostos para estancar a crise política do Estado. Para além da discussão da viabilidade desse projeto, certo é que durante o último ano, uma hora ou outra, os partidos políticos ou movimentos populares retomaram essa bandeira. Outra novidade é a retomada da agenda pluralista no Chile, que viu distintos movimentos populares, estudantis, de esquerda e das populações mapuches defendendo a proposta de uma *Asamblea Constituyente*. Ressalto, ainda, a recente disposição do governo uruguaio em assinar o Convênio 169 da OIT sobre as populações indígenas e tribais. Ou seja, é possível que o projeto do Novo constitucionalismo latino-americano ainda não tenha se esgotado, na verdade ele parece ter ganhado um novo folego. Tendo em vista a profusão de movimentos e o enorme aporte de direitos, princípios e valores, os pesquisadores das ciências sociais e jurídicas possuem farto campo de pesquisa, em especial as de caráter empírico que busquem analisar a efetivação dessas garantias e que avaliem como os textos constitucionais tem se relacionado com a realidade.

Entre as conclusões que já podemos obter desses processos constituintes e seus textos constitucionais, está a construção de um novo tipo de Estado. As reformas constitucionais operadas na América Latina encerraram a tradição liberal monista e redefiniram conceitos como unidade nacional, soberania e nacionalidade. O plurinacionalismo superou o universalismo proposto pelas teorias europeias, e jogaram nova luz às questões de cidadania, igualdade jurídica e diversidade. Tudo isso se configura como “novo”, e todos os adjetivos já listados anteriormente, por não terem sido desenvolvidos exclusivamente na academia, mas serem frutos de processos de lutas sociais e movimentos populares. O novo constitucionalismo latino-americano compartilha o caráter realmente revolucionário do constitucionalismo norte-americano e francês do século XVIII. Desse processo dialético, a emergência de novos atores sociais, novas instituições, novas práticas é, ao mesmo tempo, condicionante e resultado das reformas constitucionais.

5. Referências

ALMEIDA, Mariana Corrêa de. *A cultura legal emergente latino-americana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito*. Separata de: *Revista Brasileira de Estudos Latino-americanos*, v.1, n.1, jun., 2011, p. 38-50.

ARGENTINA. Constituição (1994). *Constitución de la Nación Argentina*: promulgada em 22 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucional-argentina.pdf>> Acesso em: 30. Agosto. 2014.

BOLÍVIA. Constituição (2009). *Nueva Constitución Política del Estado*: promulgada em 9 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.diputados.bo/index.php/institucional/constitucion>> Acesso em: 29. Agosto. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

CHIVI VARGAS, I. M. (coord.). *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado*, 1 ed., La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, 269 p.

COLOMBIA. Constituição (1991). *Constitución Política de la República de Colombia*: promulgada em 6 de junho de 1991. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>

DELGADO BURGOA, R. E. Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. In: CHIVI VARGAS, I. M. (coord.). *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado*, 1 ed., La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 39- 56.

EQUADOR Constituição (2008). *Constitución de la República del Ecuador*: promulgada em 28 de outubro de 2008. Disponível em: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf> Acesso em: 29. Agosto. 2014.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-160.

_____. *Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. In. BERRAONDO (coord.): *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp.537—567.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 87-108.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas*. O Sistema Penal em Questão. 1 ed. Niterói: Luam, 2003, 180 p.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, 40 p.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina ... [et al.] (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 1. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5-27.

OLIVEIRA FILHO, G.B.G. *Tratamento penal dos povos indígenas: o reconhecimento dos métodos tradicionais de resolução de conflitos a partir da convenção 169/OIT*. – Niterói: UFF, 2013. 74 p.

PARAGUAI. Constituição (1992). *Constitución de la República del Paraguay*: promulgada em 20 de Junho de 1992. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf> Acesso em: 30. Agosto. 2014.

PERU. Constituição (1993). *Constitución Política Del Perú*: promulgada em 29 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>> Acesso em: 30. Agosto. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. La Paz: Plural, 2010, 154 p.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 109-138.

VENEZUELA Constituição (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*: promulgada em 20 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>> Acesso em: 30. Agosto. 2014.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. F. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Gaceta Constitucional*, n. 48 2011, p. 307-328.

WOLKMER, A.C.; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. p. 371-408

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst*. Curitiba, p. 143-155, 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>> Acesso em: 29. Maio. 2014.

ZAFFARONI, E. R. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. *In*: CHIVI VARGAS, I. M. (coord.). *Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado*, 1 ed., La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 109- 132.