

## O NEOCONSTITUCIONALISMO E O “NOVO” CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: DUAS CORRENTES POSSÍVEIS DE ENTENDIMENTO?<sup>123</sup>

### NEOCONSTITUTIONALISM AND THE "NEW" LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: TWO LINES CALLED TO UNDERSTAND EACH OTHER?

Nuria Beloso Martín<sup>4</sup>

**Resumo:** Entre as correntes do neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano, existem aspectos que os diferenciam, mas também um substrato comum, o que nos permite considerar a possibilidade de um diálogo frutífero entre as duas correntes. Serão identificadas as principais características que identificam ambos, como a onnipresença da Constituição, o protagonismo dos princípios e o renovado papel atribuído ao Poder Judiciário. O "novo" do novo constitucionalismo latino-americano não é novo no movimento constitucional da América Latina. Os pressupostos, as linhas de análise e as posições doutrinárias sobre o novo constitucionalismo latino-americano serão analisados, enquanto as peculiaridades que o caracterizam serão destacadas. Finalmente, será investigado se há algo realmente "novo" no novo constitucionalismo latino-americano.

**Palavras-chave:** neoconstitucionalismo; novo constitucionalismo latino-americano; princípios; ativismo judicial.

**Abstract:** Among neoconstitutionalism currents and the new Latin American constitutionalism are aspects that differentiate but also a common substrate, allowing the possibility to hold a fruitful dialogue between the two currents. The main features that characterize and over current, such as the omnipresence of the Constitution, the role of the principles and the new role assigned to the judiciary be identified. The 'new' Latin American constitutionalism is not new constitutional movement in Latin America. Budgets, the lines of analysis and doctrinal positions on the new Latin American constitutionalism is analyzed, as well as the peculiarities that

---

<sup>1</sup> Recebido e aprovado em 27 de novembro de 2017.

<sup>2</sup> Tradução do Professor Doutor Adriano Moura da F. Pinto. Pesquisador do Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social do PPGD – UNESA. Editora da Revista do Curso de Direito da UNESA. Coordenador de Cursos de Pós-Graduação em Direito da UNESA. Coordenador Adjunto de Área – Ciências Sociais Aplicadas – Vice-Reitoria de Graduação da UNESA.

<sup>3</sup> O presente trabalho é uma tradução do artigo “El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?” en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho nº 32 (diciembre 2015) p. 23-53. Disponível em: <<http://ojs.uv.es/index.php/CEFD>> e foi desenvolvido no marco do projeto de investigação “MINGA”. Constitucionalismo democrático latinoamericano, novas intersubjetividades e emancipação social” (UFMT- Brasil).

<sup>4</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Valladolid. Professora titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

characterize it will be highlighted. Finally, it asks whether there is anything really "new" in the new Latin American constitutionalism.

**Keywords:** neoconstitutionalism; 'new' Latin American constitutionalism; principles; activism judiciary.

## 1. Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo

O constitucionalismo, no pensamento contemporâneo, está sendo objeto de várias perspectivas de estudo.<sup>5</sup> Os principais podem ser incluídos nas chamadas correntes neoconstitucionalistas, no "constitucionalismo popular"<sup>6</sup> e no "novo constitucionalismo latino-americano". Nenhum dessas correntes é homogênea e pode-se dizer que as duas últimas ainda estão em construção. Neste breve estudo, vamos tratar da primeira e terceira, isto é, do neoconstitucionalismo e do novo constitucionalismo latino-americano.

Como sabemos, o termo neoconstitucionalismo tem alcançado uma grande qualificação na Teoria do Direito.<sup>7</sup> Sem embargo, é um termo ambíguo, já que existem várias tendências que

---

<sup>5</sup> Vide. Interessante estudo de ALTERIO, 2014; também, vide ALTERIO e MIEMBRO, 2013.

<sup>6</sup> Esta corrente caracteriza-se pela abertura a uma interpretação extrajudicial da Constituição, democratização e participação nas instituições políticas e econômicas e na recuperação da relação entre direito e política. Segundo Gargarella, o "constitucionalismo popular" agrupa um grupo notável de juristas. Entre eles, encontramos autores como Larry Kramer (principalmente de seu trabalho *The People Being*), Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker ou Mark Tushnet, todos eles reunidos por uma desconfiança comum com o elitismo que distingue a reflexão legal contemporânea, bem como críticas da obsessiva atenção dedicada ao poder judicial. Os traços mais característicos são: i) Desafiar a supremacia judicial: remover a Constituição das mãos dos tribunais; ii) Contra uma "sensibilidade anti-popular"; iii) Interpretação extrajudicial; iv) Uma relectura crítica sobre os efeitos do controle judicial; v) O direito fora da lei; vi) Democracia e participação. (GARGARELLA, [s. d.]); também, vide NIEMBRO, 2013.

<sup>7</sup> Gomes Canotilho faz uma apresentação bem sucedida do que ele considera um "movimento": "O neoconstitucionalismo é uma espécie de "represa conceitual" que recebe água de diferentes fontes. As características fundamentais deste "movimento" [...] Primeiro, o neoconstitucionalismo adere a uma concepção de constituição "juridificadora" da política (como o "direito constitucional moderno"), insistindo em esquemas metodológicos de interpretação e aplicação que otimizem as regras - especialmente os princípios constitucionais - com a consequente pressão de judicialização da política. Em segundo lugar, o neoconstitucionalismo visa mostrar a importância dos princípios fundadores e estruturantes da ordem constitucional aberta. Em outras palavras: os princípios são delineados como veículos de um estado aberto, quer no sentido de sua importância para a constitucionalização da ordem jurídica, quer no sentido de instrumentos de integração das constelações políticas pós-nacionais (União Europeia). Em terceiro lugar, o neoconstitucionalismo busca recuperar dimensões cosmopolitas que são particularmente importantes na área da garantia dos direitos fundamentais sob o prisma de sua universalização e seu estabelecimento como núcleo duro das culturas democráticas e constitucionais democráticas. Em quarto lugar, podemos apontar as inadequações de uma abordagem positivista, formalista e exegética aos textos constitucionais. Sob diferentes perspectivas, os juristas pretendem levar a sério o impulso dialógico que hoje é fortalecido pelas teorias políticas da justiça, pelas teorias do republicanismo e pelas teorias críticas da sociedade. CANOTILHO, [s.d.]. Por sua parte, outros autores diferenciam entre constitucionalismo (moderno), neoconstitucionalismo (contemporâneo), transconstitucionalismo e constitucionalismo (latino-americano) plurinacional. Cf. FERNANDES,

se incluem nesta mesma categoria.<sup>8</sup> Carbonell enfatiza que o correto seria se referir a neoconstitucionalismos, no plural, já que esta corrente acaba aceitando dimensões variadas (CARBONELL, 2003). A partir do seu uso inicial por Pozzolo,<sup>9</sup> em uma publicação em 1988, na Universidade de Gênova, este conceito, criado pela Escola Genovesa tornou-se uma espécie de "selo" para se referir ao constitucionalismo europeu contemporâneo e às tendências variadas e diversas, que vão desde espaços para jusnaturalistas e positivistas. Prosperou nos últimos anos, especialmente no contexto italiano e espanhol<sup>10</sup>, tendo a conjuntura latino-americana ampliado o interesse.

O neoconstitucionalismo promoveu uma nova Teoria do Direito, cujas características salientes poderiam ser as seguintes: 1) mais princípios do que regras; 2) maior ponderação do que a subsunção; 3) onipresença da Constituição em todas as áreas legais e em todos os conflitos meramente relevantes, em vez do espaço deixado para a opção legislativa ou regulamentar; 4) onipotência judicial em vez da autonomia do legislador ou regulamentar; e, finalmente, 5) a coexistência de uma constelação de valores, às vezes tendencialmente contraditória, em vez de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes uns com os outros e em torno, principalmente, das sucessivas opções legislativas.<sup>11</sup> Cada uma dessas características abre a porta para novas teorias e problemas. Entre as três que destacaram a maior controvérsia incluem: a conexão da moral e do Direito; o equilíbrio de poderes entre legisladores e juízes e,

---

2014, p. 37-64. Outros autores, como Ávila Santamaría, diferenciam três tipos de neoconstitucionalismo: o europeu ocidental, o neo latino-americano e o andino ou transformador (SANTAMARÍA, 2011, p. 53-82).

<sup>8</sup> Como mostra das diversas opiniões, cabe citar o debate clássico entre Luis Prieto Sanchís e Juan Antonio García Amado, *Debate sobre el neoconstitucionalismo* (SANCHÍS, 2007, p. 213-288). Neste mesmo debate, argumentando como um terceiro parcial (Cf. PULIDO, 2009, p. 92-119). Outro debate clássico foi mantido entre Paolo Comanducci e Juan José Moreso (COMANDUCCI e MORESO, 2010, p. 173-206).

<sup>9</sup> Cf. POZZOLO, 1998, p. 355-370; também, da mesma autora: *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico* (POZZOLO, 2001) e *Un constitucionalismo ambíguo* (POZZOLO, 2003). Também outros membros da Escola Genovesa têm se aprofundado nesta teoria: GUASTINI, 2003; COMANDUCCI, 2003.

<sup>10</sup> No campo da filosofia jurídica espanhola, as obras de Luis Prieto contribuíram para sistematizar esta corrente (SANCHÍS, 2007); do mesmo autor, *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)* (SANCHÍS, 2010); *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía jurídica* (SANCHÍS, 2013) junto aos de Alfonso García Figuerola, *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo* (FIGUEROA, 2006a, p. 265-289); do mesmo autor, *Norma y valor en el neoconstitucionalismo* (FIGUEROA, 2006b); *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (FIGUEROA, 2009).

<sup>11</sup> Nestas cinco questões estamos resumindo a caracterização aproximadamente coincidente que, segundo Pozzolo, sustentam autores tais como Dworkin (1996); Alexy (1994, p. 159 e ss); Zagrebelsky (1995, p. 109 e ss) e, em parte, Nino (1996). Mas já estas cinco características são discutíveis porque não parece tão claro que todas elas, como afirma Atienza: "Não parece ser verdade que elas incentivem os juízes a recorrer o máximo possível aos princípios, ou a considerar a ponderação como um procedimento casuístico, que eles ignoram como um critério interpretativo do d', já que "agora o juiz deve interpretar a lei à luz das exigências da justiça transmitidas pelo caso" (POZZOLO, 1998, p. 342)" (ATIENZA, [s. d.]).

finalmente, se a doutrina principiológica dá lugar a um maior grau de justiça ou se, pelo contrário, acaba levando a um sistema arbitrário.

As críticas ao neoconstitucionalismo vêm aumentando nos últimos anos em vários setores. Primeiro, sobre a falta de coerência e sistematização de sua denominação e princípios. Assim, Ferrajoli não mostra simpatia em relação à visão conflitante e ponderadora da Constituição e dos direitos fundamentais. Mesmo reconhecendo que pode haver alguns casos de conflito entre os direitos, bem como a idoneidade do julgamento de ponderação como a melhor maneira de resolvê-los, ele considera que a questão foi exagerada precisamente por causa da influência do neoconstitucionalismo, "inventando conflitos onde há apenas limites e ferindo, com isso é a própria normatividade e supremacia constitucional" (SANCHÍS, 2013, p. 87). Para Ferrajoli, a proliferação de princípios implica a introdução de argumentos morais que, ao invés de consolidar a lei, conduzem inexoravelmente a um enfraquecimento do mesmo (FERRAJOLI, 2010, p. 15-53).

Como Pérez Luño, acertadamente adverte, o pós-positivismo e neodogmatismo envolvem o risco de gerar uma dose de indeterminação e equívocos conceituais incompatíveis com o rigor e a clareza exigidos pela Teoria do Direito (Cf. LUÑO, 2003, p. 59). Existe o risco de se querer que as Constituições do neoconstitucionalismo, incorporando elementos morais e axiológicos, acabem levando a um "neo-constitucionalismo de teólogos" e não a juristas. Devemos evitar o risco de que, ao quisermos ser tão ambiciosos, acabamos por desenhar um neoconstitucionalismo simbólico que, pelo afã de ser "justo", acabe pecando como "arbitrário".

Por sua parte, Streck já advertiu que um dos maiores perigos é o equacionamento dos princípios aos valores, uma vez que uma parte dos juristas optou por considerar os princípios constitucionais como um substituto dos princípios gerais de direito ou como um tipo de suporte aos valores da sociedade. É como se o novo constitucionalismo tivesse recebido valores positivos. Este anúncio facilita a criação, em um segundo momento, de todos os tipos de princípios, "como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse pedra filosofal da legitimidade principiológica", da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou 'corrigir' as incertezas da linguagem" (STRECK, 2013, p. 147).<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Sobre o neoconstitucionalismo no Brasil. Vide. SARMENTO, 2009.

Outro setor critica o neoconstitucionalismo o encobrimento de uma teoria do poder na Teoria do Direito que promove. Como Viciano Pastor e Martínez Dalmau salientam, embora o neoconstitucionalismo seja apresentado especificamente como uma Teoria do Direito e, portanto, desprovido de conotações políticas, no entanto, "é também uma teoria do poder: em particular, o poder dos juízes para interpretar a Constituição".

Ou seja, um dos defeitos atribuídos ao neoconstitucionalismo é que dá relevância ao Judiciário em sua tarefa de interpretar a Constituição (e valores e princípios) e não distinção do papel dos juízes que realizam o controle concentrado de constitucionalidade - os tribunais constitucionais - e a justiça ordinária, cuja interpretação é condicionada e orientada pela interpretação que, anteriormente, os verdadeiros intérpretes fizeram (os tribunais constitucionais). O juiz comum não é legitimado democraticamente para desenvolver uma função política. O neoconstitucionalismo parece defender "passar de uma teoria do direito para uma teoria do poder", isto é, o primado do poder elitista da função jurisdicional sobre o poder democrático da função legislativa (PASTOR e DALMAU, 2014, p. 71).

## 2. Possíveis linhas de análises do constitucionalismo latino-americano

A análise do constitucionalismo latino-americano tem despertado um grande interesse, dando lugar a diversos estudos, classificações e discussões epistemológicas.<sup>13</sup> Uma das análises mais relevantes é a realizada por Raquel Yrigoyen Fajardo, chamando essa nova linha constitucionalista do final do século XX de "horizonte pluralista" na América Latina e enfatizando a abertura ao direito coletivo dos povos indígenas. O primeiro ciclo multicultural é enquadrado entre 1982-1988 e introduz o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da

---

<sup>13</sup> Há outras perspectivas sobre como o novo constitucionalismo latino-americano foi projetado. Viciano Pastor e Dalmau Martínez, por exemplo, colocam o início do "novo constitucionalismo" com a Constituição colombiana (1991) e a da Venezuela (1999) (PASTOR e DALMAU, 2010b, p. 9-43). Com isso, eles acabam colocando no mesmo processo três ciclos diferentes de constitucionalismo pluralista que, Raquel Yrigoyen diferencia. Tanto Yrigoyen quanto Clavero destacam a especificidade dos processos equatoriano e boliviano em relação ao constitucionalismo latino-americano anterior. Para aprofundar essas questões, Cf. BALDI, 2013, p. 90-107. Outros autores enfatizam que a especificidade do modelo constitucional do novo constitucionalismo latino-americano pode ser encontrada principalmente nos textos constitucionais da Venezuela (*Estado democrático y social de derecho y de justicia*), em Bolívia (*Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario*) e de Ecuador (*Estado constitucional de derechos y justicia*).

configuração multicultural da sociedade e alguns direitos específicos para os povos indígenas (FAJARDO, 2010).<sup>14 15</sup>

A partir da década de 1980, sob o impulso dos processos de transição democrática, a maioria dos países da América Latina promulgaram novas Constituições e/ou realizaram importantes reformas constitucionais.<sup>16</sup> Embora usem terminologias diferentes, eles têm muitas características em comum (UPRIMNY, [s.d.]).<sup>17</sup> Pouco a pouco, força as noções constitucionais de titularidade coletiva de direitos, uso compartilhado e posse de novos recursos naturais e territórios e a respeito de diferenças culturais (Cf. MARTÍN, RODRÍGUEZ e BOTELHO, 2015, p. 277-299).

O segundo período de reformas do constitucionalismo está compreendido entre 1989-2005, marcando a internacionalização da Convenção 169 OIT, que revisa a Convenção 107 e adota um amplo conjunto de direitos indígenas, tais como a língua, a educação bilíngue e as formas de participação<sup>18</sup>.

Já nos anos 90 se reafirma a adesão ao Estado constitucional, Social e Democrático de Direito, destacando a ideia de força normativa da Constituição. Nos textos constitucionais se observa uma nova orientação em dois sentidos. Por uma parte, a expansão do catálogo de direitos humanos e de direitos fundamentais consagrados (ampliando os bens e sujeitos tutelados); por outra, a incorporação de novas garantias e institutos de controle jurisdicional e administrativo e de participação popular.

Os Estados e suas Constituições necessitavam passar por determinadas transformações. Os povos indígenas reivindicam direitos tais como a propriedade de terra, a admissão á aplicação

---

<sup>14</sup> Também, FAJARDO, 2006.

<sup>15</sup> Fora do contexto latino-americano, alguns países como Canadá (1982), por exemplo, reconhecem sua herança multicultural e os “direitos aborígenes”.

<sup>16</sup> Cabe citar: El Salvador, 1983; Guatemala, 1985; Honduras, 1982; Nicaragua, 1987; Brasil, 1988; Chile, 1980; Colombia, 1991; Ecuador, 1979; Paraguay, 1992; Perú, 1993, México (1992-2000). Para consultar as Constituições Latino-americanas, *Vide*. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes <[http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas/catalogo\\_paises/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/catalogo_paises/)>.

<sup>17</sup> Também, *Vide* UPRIMNY, 2007.

<sup>18</sup> A adoção do multiculturalismo nos anos noventa ocorreu paralelamente às reformas do Estado, no contexto da globalização. Tais reformas implicaram, por um lado, as políticas de ajuste e o retrocesso dos direitos sociais e, por outro lado, a flexibilização do mercado e a abertura para as transnacionais. Um grande número de corporações transnacionais se estabeleceram nos territórios dos povos indígenas com efeitos contraproducentes em relação aos seus novos direitos conquistados. O segundo ciclo, portanto, é marcadamente contrastado e, de alguma forma, inconsistente, pelo reconhecimento simultâneo dos direitos indígenas, por um lado, e, por outro, por políticas que permitem novas formas de expropriação territorial indígena, uma vez que não foram realizadas desde o século XIX. (Cf. YRIGYEN, 2009).

de sua própria lei, sua participação em certas decisões do governo, a possibilidade de refletir sobre suas autonomias e valores culturais. Em muitas Constituições latino-americanas, as reformas deram início a alterações ligadas ao reconhecimento do caráter pluricultural da nação e do Estado, e também ao reconhecimento dos povos indígenas, bem como ampliação e reconhecimento de seus direitos (Cf. RAMÍREZ, 2009)<sup>19</sup>.

Em geral, as Constituições latino-americanas contemplaram uma declaração de direitos detalhada. Ao contrário do constitucionalismo clássico, que se limitou a estabelecer direitos de forma genérica e não se preocupava nem com a individualização nem com a coletivização de direitos, agora são identificados os direitos dos chamados "grupos vulneráveis" (mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência). Os povos indígenas não são estranhos a essa pretendida integração de setores marginalizados. Esses povos já tiveram alguns dos seus direitos já reconhecidos nas primeiras Constituições.<sup>20</sup>

### **3. Alguns pressupostos epistêmicos do novo constitucionalismo latino-americano**

O constitucionalismo latino-americano parte de alguns pressupostos epistêmicos que permitem que as características que o marcam sejam melhor compreendidas. Entre esses pressupostos podemos destacar o pluralismo, a influência das Constituições da matriz europeia e o forte conteúdo axiológico presente nesses textos constitucionais. Vamos analisar brevemente cada um desses três pressupostos.

Em relação ao primeiro pressuposto, o pluralismo jurídico é um conceito complexo e polissêmico que descreve a coexistência de vários sistemas jurídicos no mesmo espaço sociopolítico, sendo o direito estatal um dos direitos existentes na realidade social (LÓPEZ, 2013-2014, p. 186-193). O pluralismo jurídico (WOLKMER, 2000), a diversidade e a interlegalidade (SILVEIRA, 2014, p. 99-110) são três dos conceitos que atualmente definem melhor a existência e o diálogo entre diferentes esferas de racionalidade e sistemas jurídicos. O principal desafio do pluralismo jurídico questiona a exclusividade da teoria do monismo legal para explicar os fenômenos legais contemporâneos, pois sustenta que essa realidade ultrapassa

---

<sup>19</sup> Também, Cf. PELÁEZ, 2012, p. 83-107; MALLOL, 2004; PASTOR e DALMAU, 2010b, p. 9-43.

<sup>20</sup> Assim, na Colômbia, já em 1991, já se indicava a necessidade de representação direta indígena no Parlamento (art. 171), o reconhecimento da jurisdição indígena (art. 246), ou dos municípios e territórios indígenas (art. 286).

seus marcos explicativos frente a emergência de diferentes atores coletivos cujas normas de auto-regulação não são reduzidas ao direito estatal, nem se explicam a partir da ciência jurídica tradicional. Entre as várias manifestações deste pluralismo, destacam-se as representadas pelos povos indígenas,<sup>21</sup> as favelas no Brasil (SANTOS, 2009) e os novos movimentos (WOLKMER, 2015, p. 95-103).<sup>22</sup>

Este pluralismo legislativo se manifesta de forma clara na Administração da Justiça e nas leis consuetudinárias indígenas.<sup>23</sup> Os povos indígenas são estigmatizados pelas culturas e sistemas de justiça das sociedades dominantes e são discriminados ou tratados de maneira desdenhosa pela polícia, pelas forças militares e pelo sistema de justiça dominantes. No entanto, os povos indígenas têm sistemas de justiça interna de longa data às vezes focados em reabilitação ou reparação em vez de punição. Tais sistemas, se combinados com o sistema de justiça nacional, podem oferecer justiça adequada em comunidades onde o acesso à justiça é limitado ou como meio de redução de altos níveis de encarceramento. Em alguns países, o Estado reconhece os tribunais e as leis dos povos indígenas tradicionais<sup>24</sup>.

Como destaca Wolkmer, a pluralidade inclui fenômenos espaciais e temporais com vários campos de produção e aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos e culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no Direito.<sup>25</sup> O pluralismo no Direito tende a demonstrar uma possibilidade 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

---

<sup>21</sup> Vide CORREAS, 2007; YRIGOYEN, 1999; CLAVERO, 1994.

<sup>22</sup> Também Vide. IRIGOYEN FAJARDO, 2010 e 2015.

<sup>23</sup> Vide NAÇÕES UNIDAS, 2008.

<sup>24</sup> Os povos indígenas têm direito à não discriminação e à igualdade de tratamento em questões relacionadas à justiça e ao direito à tradução para as suas próprias línguas nos tribunais. Os sistemas de justiça indígena também podem ser reconhecidos se forem compatíveis com direitos humanos internacionalmente reconhecidos e podem oferecer orientação em caso de disputa entre povos indígenas e outros. O direito consuetudinário consuetudinário deve ser levado em consideração nas decisões de resolução de conflitos (Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, artigos 13, 34, 40, Convenção da OIT nº 169, artigos 8 a 12). Sobre a articulação da jurisdição indígena com o sistema judicial nacional e a Lei de coordenação de jurisdições, Vide. MALLOL, 2004; também, Vide. DE LUCAS, 1998; também, Vide. SANZ, 2015, p. 79-106.

<sup>25</sup> “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” (WOLKMER, 2001, p. 175-177).

corpos intermediários. Sem entrar em uma discussão sobre as variantes do pluralismo jurídico, bem seja desde o paradigma “superior”, transnacional e globalizado, bem seja desde o modelo “inferior”, das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, cabe destacar a proposta de um constitucionalismo pluralista e emancipador (WOLKMER e FAGUNDES, 2011, p. 374). A integração entre constituição e pluralismo democrático acaba projetando a perspectiva de um novo Estado de Direito.

O segundo pressuposto envolve a influencia das Constituições de matriz europeia. Na América Latina, tanto a cultura jurídica imposta pelas metrópoles ao largo do período colonial como as instituições jurídicas formadas depois do processo de independência (tribunais, codificações e constituições) derivam da tradição jurídica 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, se deve levar em conta a herança das cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas inerentes às declarações de direitos, assim como aos que derivam da nova modernidade capitalista, de livre mercado, pautada na tolerância e no perfil liberal-individualista.

O processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos que foram marcados doutrinariamente pelas declarações dos direitos anglo-franceses, pelas constituições liberais burguesas dos Estados Unidos (1787) e pela França (1791 e 1793) e pela Constituição espanhola de Cádiz (1812), ao mesmo tempo que o constitucionalismo americano também esteve presente. Quanto à positivação moderna da codificação do direito privado ibero-americano foi modelada pelo ideário individualista, romanística e patrimonial do direito civil napoleônico (1804) e pelo estatuto privado germânico (1900).

Tem sido característico da tradição latino-americana, tanto na evolução teórica como na institucionalização formal da Lei que as Constituições políticas consagraram, abstratamente, a igualdade formal diante da lei, a independência dos poderes, a soberania popular, a garantia liberal dos direitos, a cidadania cultural homogênea e a condição idealizada de um "Estado de Direito" universal.

No entanto, na prática, as instituições jurídicas foram marcadas pelo controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia de exclusão; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitistas; e por ausências históricas das grandes massas camponesas e populares. Em grande parte, documentos legais e textos constitucionais

desenvolvidos na América Latina têm sido uma expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana. Em raras ocasiões, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram as necessidades de seus principais segmentos sociais, como nações indígenas, populações afro-americanas, massas de camponeses agrários e múltiplos movimentos urbanos (WOLKMER e FAGUNDES, 2011, p. 377).

O terceiro pressuposto é o do conteúdo axiológico forte e amplo da Constituição. Embora em todas as Constituições a presença de princípios éticos e políticos que funcionem como pressupostos, não sujeitos a discussão, seja uma característica comum, nos novos textos constitucionais latino-americanos, é uma tendência fortemente acusada. Soberania popular, respeito pela dignidade humana, a solidariedade, a igualdade perante a lei, o pluriculturalismo assim como metas a alcançar, tais como, como a igualdade material, a justiça social, a inclusão de setores marginalizados, a materialização de direitos, etc. As normas que incorporam esses pressupostos e propósitos são formuladas em uma linguagem ampla, suscetível a mais de uma interpretação, o que significa que o operador legal, geralmente o juiz, deve desenvolver uma atividade hermenêutica.

Isso sugere que o ativismo judicial é um traço característico do novo constitucionalismo latino-americano. A própria expressão do ativismo judicial tem estado acompanhada de uma conotação pejorativa na medida em que se refere a uma espécie de usurpação, por parte do juiz, de uma função que, por sua natureza, é a competência de outros poderes. Por exemplo, o Poder Legislativo na medida em que, ao considerar a constitucionalidade de uma regra dita constitucional, se condiciona dita constitucionalidade a que a regra seja interpretada de uma certa maneira, existindo várias possibilidades hermenêuticas. Ou bem, o Poder Executivo é questionado quando, para proteger um direito, sendo ordenada uma despesa não prevista no orçamento.

Esse difícil equilíbrio do ativismo judicial e a presença relevante de princípios e cláusulas abertas, como Carbonell (2010) apontou, implicam duas questões. Por um lado, dar um significado concreto a estas cláusulas abertas, vagas e indeterminadas<sup>26</sup>. Por outro, a aplicação

---

<sup>26</sup> Se a Constituição Federal Brasileira de 1988 for consultada, existem conceitos indeterminados como a dignidade da pessoa (Artigo 1.III), o pluralismo político (Artigo 1.V), a igualdade perante a lei (artigo 5.o), os direitos adquiridos (Artigo 5.XXXVI), criminoso cruel (artigo 5.XLVII, parágrafo E), processo legal devido (Artigo 5.LIV), entre outros. Se a Constituição do Equador é tomada como referência, encontramos esse tipo de cláusulas

que tende a dar sentido aos padrões abertos pressupõe e exige a construção de uma boa teoria da argumentação<sup>27</sup>. O ativismo judicial não decorre de uma simples posição acadêmica ou ideológica, mas faz parte do próprio modelo de democracia constitucional - destaca Carbonell - como se entende pelo menos desde o surgimento do neo-constitucionalismo (o dia após o fim da Segunda Guerra Mundial)<sup>28</sup>. Este debate na América Latina<sup>29</sup> foi enriquecido com as obras de Carlos Nino (1997), Roberto Gargarella (1996) e Víctor Ferreres (1997).

#### 4. O que há de novo no “novo” constitucionalismo latino-americano?

O "novo" do novo constitucionalismo latino-americano não é o novo do movimento constitucional da América Latina, como se sua matriz fosse apenas uma discussão no domínio constitucional dos países latino-americanos. Esta seria uma visão simplista do movimento emancipatório. Pelo contrário, tal paradigma aparece como novo em seu movimento pós-colonial, de ruptura com conceitos e preceitos hegemônicos consolidados no pensamento das sociedades modernas (MARTÍN, RODRÍGUEZ e FERNANDES, 2015, p. 93-134). Os movimentos do constitucionalismo que ocorreram nos últimos anos nos países sul-americanos (Bolívia, Equador e Venezuela) tentam romper com a lógica liberal-individualista das Constituições políticas tradicionais, reinventando o espaço público com base nos interesses e necessidades das maiorias

---

indeterminadas e abertas: referências a um Estado de direitos e justiça (Artigo 1), a um ambiente saudável e equilibrado (Artigo 14), a uma comunicação inclusiva e participativa (Artigo 16), uma informação oportuna, contextualizada e plural (artigo 18), uma habitação decente e adequada (artigo 30), cuidados de saúde abrangentes (artigo 23),etc.

<sup>27</sup> Carbonell enfatiza que tanto a concretização constitucional como a argumentação na matéria dão origem (ou devem dar origem a) juízes ativistas. "O ativismo judicial não significa ou implica que o juiz possa substituir com sua opinião pessoal as decisões que o constituinte tomou [...] O ativismo judicial, devidamente compreendido, significa simplesmente que o juiz toma as normas constitucionais a sério e as leva ao tribunal. limite máximo que permite o seu significado semântico, a fim de proteger os direitos fundamentais com a maior extensão normativa e factual. Precisamente, o ativismo será mais marcado em termos de direitos e muito mais moderado (ou deferente) quando se trata de questões relacionadas à divisão de poderes ou ao exercício de poderes públicos " (CARBONELL, 2010, p. 215-216).

<sup>28</sup> Carbonell enfatiza que, juntamente com o ativismo judicial, existem outros elementos essenciais para a revolução dos direitos, como boas declarações de direitos, com quadros constitucionais que permitem "ativar" as ações dos juízes (ações populares, ampla legitimação), bem como também uma consciência social forte em torno dos direitos ("ativismo social"). (CARBONELL, 2010, p. 218). Também, *Vide*. KENNEDY, 1999.

<sup>29</sup> Como Vazquez acertadamente salienta, o debate surgiu entre dois extremos: "O auto-contenção judicial baseada no princípio da divisão de poderes e na concepção da democracia formalista (os juízes não possuem legitimidade democrática e são os menos autorizados a controlar a legalidade e constitucionalidade das regras); ou o ativismo judicial e o decisionismo são contrapesos democráticos que, apesar dos riscos, permitiriam, entre outras coisas, a salvaguarda dos direitos fundamentais - e de maneira relevante das minorias - consagrados na Constituição ". (VAZQUEZ, 2010, p. 251).

historicamente removido dos processos de tomada de decisão. Assim, as novas Constituições que surgiram são, do ponto de vista da filosofia legal, uma quebra ou ruptura com sua antiga matriz.<sup>30</sup>

As características e fundamentos do constitucionalismo democrático, típico da experiência europeia após a Segunda Guerra Mundial, têm sido gradualmente incorporados pelos diferentes Estados em seus progressivos processos de democratização, especialmente na América Latina. Na primeira década do século 21, no contexto latino-americano, testemunhamos uma onda de mudanças constitucionais e que significou para muitos desses países uma profunda reforma no "modelo de Estado" que sustenta seus sistemas democráticos. Essas mudanças levaram ao que se conhece como o "novo constitucionalismo latino-americano", no qual o reconhecimento dos direitos e garantias como núcleo duro do Estado Constitucional, o compromisso com o Estado social contra o Estado neoliberal, assumem um papel de liderança. o abandono de uma visão centralista do Estado, a tutela pública do meio ambiente no âmbito de uma economia sustentável, o aumento da participação dos cidadãos na gestão dos assuntos públicos.

Se produz um reforço do constitucionalismo democrático, no qual os debates sobre a conciliação entre a soberania popular e os direitos fundamentais, entre o governo da maioria e a vida digna e em liberdade para todos, se multiplicaram, num ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. É aqui quando, cronologicamente, é necessário estabelecer com maior clareza, a diferenciação entre neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano.<sup>31</sup>

O "neoconstitucionalismo" reivindica a reinterpretação desde a Constituição do Estado de Direito. Ele está interessado na constitucionalização do sistema legal. Por seu lado, o "novo constitucionalismo" concentra o seu interesse no relacionamento democrático que dará origem às Constituições e à disseminação de mecanismos democráticos, isto é, é mais uma preocupação

---

<sup>30</sup> Sousa Santos qualifica-se como um constitucionalismo "de baixo", relacionando sua origem com a demanda popular por melhores condições de vida. (Pensando no Estado e na sociedade: desafios atuais, Buenos Aires, Waldhuter, 2009). A expressão "uso contra-hegemônico de instrumentos hegemônicos" de Sousa Santos também ajuda a ilustrar a idéia: "O constitucionalismo transformacional é uma das hipóteses (talvez a mais decisiva) do uso hegemônico de instrumentos hegemônicos dos quais eu falo acima. As constituições modernas são muitas vezes ditas folhas de papel para simbolizar a fragilidade prática das garantias que consagram e, na realidade, o continente latino-americano viveu dramaticamente a distância que separa o que os anglo-saxões chamam de *lei-em-livros* e *leis em ação*" (SANTOS, 2010, p.80). Sousa Santos explica que "Esta outra epistemologia que tem sua gênese na Teoria Crítica e recriada na América Latina, do Sul, é assumida a partir da práxis de um logótipo emancipador que frustra os limites hegemônicos do "capitalismo sem fim "e" colonialismo sem fim ", uma vez que permite recuperar-se da "sociologia das emergências ", a presença de povos milenarizados que conseguiram recriar seu habitat através de uma relação simbiótica direta, com os ciclos ou processos de gênese e morte de Mãe Terra (Pachamama)" (SANTOS, 2011a, p. 17-39).

<sup>31</sup> Entre os diversos autores que têm desenvolvido suas obras nesta linha cabe destacar: SANTOS, 2007 e 2012; SANTAMARÍA, 2010.

política do que a jurídica. Este "novo constitucionalismo" busca a legitimidade da soberania popular antes mesmo que a preocupação e afirmação jurídica positivada<sup>32</sup>. O interesse pelas causas sociais que motivaram os novos textos constitucionais, bem como o ímpeto insurgente da transformação do Estado e a mudança de direção legal em favor de populações que historicamente tiveram negadas necessidades fundamentais, tem sido fatores que originam o movimento caracterizado como "novo constitucionalismo latino-americano" (WOLKMER e FAGUNDES, 2011, p. 383).

A partir da compreensão da diversidade, se inicia na última década, o movimento político legal que se poderia chamar, estritamente falando, "novo constitucionalismo latino-americano" com a promulgação da Constituição da Venezuela de 1999, a Constituição do Equador de 2008 e a Constituição Boliviana de 2009. Para alguns autores, essas três Constituições são aquelas que formam estritamente as bases do "novo" constitucionalismo latino-americano.<sup>33</sup>

Estas Constituições projetam a existência de uma nação de povos ou de um Estado Plurinacional, não apenas formalmente, mediante metaconceitos,<sup>34</sup> mas também materialmente com o reconhecimento da autonomia indígena.<sup>35</sup> Ademais, a constitucionalizam concepções provenientes da tradição indígena, do pluralismo jurídico<sup>36</sup>, de um sistema de jurisdição indígena sem relação de subordinação com a jurisdição ordinária,<sup>37</sup> de um amplo catálogo dos povos

---

<sup>32</sup> “Por sua vez, o novo constitucionalismo assume as posições do neo-constitucionalismo na impregnação constitucional necessária da ordem jurídica, mas sua preocupação não é apenas a dimensão legal da Constituição, mas, em primeira ordem, sua legitimidade democrática [...]. Portanto, o novo constitucionalismo busca analisar, em primeiro lugar, o fundamento da Constituição, ou seja, sua legitimidade, que, pela sua própria natureza, só pode ser extra-legal. Posteriormente - como consequência disso - a eficácia da Constituição, com particular referência - e, nesse ponto, se conecta com os postulados neoconstitucionalistas - à sua normatividade” (PASTOR e DALMAU, 2010, p. 18).

<sup>33</sup> Não vamos entrar na análise venezuelana. A Constituição do Equador e a Bolívia apresentam novos temas e instituições de forma mais clara. Mas também a Constituição brasileira de 1998 e a da Colômbia de 1991 dão corpo a este novo constitucionalismo. Nesse sentido, Ulian do Lago Albuquerque defendeu a possibilidade de interpretação constitucional do reconhecimento do Estado brasileiro pluricultural e multicultural. Ele argumentou que o caminho da implementação dessa autonomia poderia ser implementado através de um ensino superior diferenciado. (ALBUQUERQUE, 2008).

<sup>34</sup> Entre os que cabe citar: “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (art.1 Constitución boliviana de 2009. *Vid.* El trabajo de Tapia sobre la conformación del Estado plurinacional en Bolivia (TAPIA, 2007, p. 47-63). Constituição venezuelana, devido às suas características particulares, exigiria um estudo diferenciado.

<sup>35</sup> Artigos 289 e ss. Constituição boliviana de 2009.

<sup>36</sup> Artigo 178. Constituição boliviana de 2009.

<sup>37</sup> Embora seja reconhecido como subordinado à Constituição: arts. 179 II, 192 y, 410. Constituição boliviana de 2009.

indígenas<sup>38</sup>, da eleição mediante formas próprias de seus representantes,<sup>39</sup> ou inclusive pela criação de um Tribunal Constitucional Plurinacional com presença da jurisdição indígena.<sup>40</sup>

As novas Constituições foram surgindo com um forte caráter pluricultural, multi-étnico e de preservação da biodiversidade. Juntamente com o individualismo homogêneo, um pluralismo repleto de diversidade social, cultural e natural foi reconhecido, numa perspectiva que pode ser chamada de socioambiental.<sup>41</sup> Na Constituição do Equador, a natureza ou a Pachamama<sup>42</sup> (mãe terra) é reconhecida como um sujeito de direitos. A natureza teria o direito fundamental à existência, para manter seus ciclos evolutivos.

Na Constituição boliviana (artigo 8º), quando se refere a princípios éticos, os princípios são incorporados, na língua nativa Quechua, de *Suma Qamaña* (bem-viver), *Ñandereko* (vida harmoniosa), *Teko Kavi* (boa vida) *Ivi Mrei* (terra sem mal) e *Qhapaj Ñan* (caminho ou vida nobre), também presente na Constituição equatoriana (capítulo II do título de direitos). Ambas as Constituições são as que mais claramente se comprometem com a rejeição das tradições constitucionais com raízes individualistas / elitistas. São textos que ultrapassam o marco do constitucionalismo liberal, mesmo na sua versão pluricultural e multiétnica, apresentando a noção - para alguns, exótica - da boa vida<sup>43</sup> e os direitos que lhe estão associados.

## 5. Posições doutrinárias sobre o “novo” constitucionalismo latino-americano

---

<sup>38</sup> Artigos. 30 y ss. Constituição boliviana de 2009.

<sup>39</sup> Artigo 211. Constituição boliviana de 2009.

<sup>40</sup> Artigo 197. Constituição boliviana de 2009.

<sup>41</sup> Vide. CADERMARTORI e RICHTER, 2013, p. 364-389; também, NOGUEIRA, [s. d.].

<sup>42</sup> A Constituição, de fato, estabelece quotas de parlamentares indígenas (ou seja, artigo 146, VII), justiça camponesa indígena original, que é colocada ao mesmo nível que a justiça ordinária (artigo 192); um Tribunal Constitucional Plurinacional, cujos membros são escolhidos de acordo com o sistema indígena (artigos 196 e segs.); um corpo eleitoral plurinacional, com representação indígena; um modelo econômico social comunitário baseado na visão do mundo indígena (artigos 205 e segs.); direitos especiais dos povos indígenas sobre a água e sobre os recursos florestais de sua comunidade (artigo 304); direitos à terra comunal e indígena (artigo 293 e disposições transitórias); entre outras.

<sup>43</sup> A dimensão plurinacional do "buen vivir" é mais forte no caso boliviano, assim como a dimensão ambiental é mais intensa no caso equatoriano. A ideia de "boa vida" surge do mundo andino e amazônico, coincidindo com um primado aos direitos da natureza, os "direitos da Mãe Terra". Mas a boa vida não está ligada exclusivamente aos direitos da natureza. No Equador, a educação é "uma condição indispensável para uma boa vida" (artigo 26), e deve ser regida pelo respeito pelos direitos humanos, pelo meio ambiente e democracia, pela interculturalidade, inclusão e diversidade, promovendo igualdade de gênero e paz (art.27). Por exemplo, o Artigo 10 da Constituição do Equador reconhece os direitos de povos, nacionalidades e natureza e o Capítulo 2 do Título II estabelece os direitos da "boa vida" (pode ser o equivalente aos direitos sociais). Por sua vez, o artigo 306 da Constituição boliviana estabelece que o modelo econômico deve ser orientado para viver bem de todos os bolivianos e bolivianas (UPRIMNY, [s. d.], p.4).

O "novo" constitucionalismo latino-americano foi configurado como uma categoria já estabelecida na doutrina.<sup>44</sup> Como no caso do neoconstitucionalismo, tampouco é uma corrente unitária. Alguns autores deixaram claro que não se filiam a mesma, pelo menos formalmente. No entanto, em suas teorias compartilham muitos pontos. A diferença reside em onde eles preferem colocar o acento, destacando uns pontos sobre outros. Este é o caso de Gargarella, que enfatiza que o que as novas Constituições latino-americanas procuram resolver, pelo menos a da Bolívia e do Equador (alguns incluem a Venezuela e outros não), é se comprometer com uma rejeição frontal daquelas tradições constitucionais com raízes elitistas e individualistas. Inclusive, no caso da experiência boliviana, há uma marcada tendência para acabar com a marginalização político-social dos grupos indígenas.

Gargarella presta especial atenção a extensas listas de direitos (sociais, políticos, culturais, econômicos) que compõem essas Constituições, em si mesmas, com textos excessivamente longos.<sup>45</sup> E não só na extensão, mas a lista de um catálogo tão abrangente de direitos, como os direitos dos idosos, das crianças, do direito ao esporte, dos alimentos saudáveis, dos direitos da natureza e de muitos outros, geraram, geralmente, provocações e desprezo sobre os novos textos.<sup>46</sup> Diversas opiniões qualificaram as novas Constituições latino-americanas como "poéticas": constituições que não falam da realidade, mas incluem expressões de desejos, sonhos, aspirações, sem qualquer contato com a vida real nos países onde são aplicados. Esta é uma grande verdade, embora algumas realizações não possam ser subestimadas, como no caso das comunidades indígenas que, muitas vezes privadas de seus direitos, conseguiram proteger seus direitos nos tribunais de justiça (GARGARELLA, [s. d.]b, p. 13).

Outros autores destacam o giro descolonial e o Estado pluricultural, frente a um Estado uninacional e monocultural, centralista e excludente. Para que esta renovação política na América

---

<sup>44</sup> GARGARELLA e COURTIS, 2009; MÉDICI, 2010, p. 3-23; FERNÁNDEZ, 2010; ARMENGOL, 2010, p. 49-76; VEGA, 2011, p. 1-40; WILHELMI, 2011, p. 1-24; SANTAMARÍA, 2011; Romeo, 2013; UPRYMNY, 2011; AA.VV., 2010; STORINI, 2014; e, por último, revisitamos a contribuição MELO e WOLKMER, 2013; WOLKMER e CORREAS, 2013; WOLKMER, 2015.

<sup>45</sup> A Constituição do Equador tem 444 artigos, 30 disposições transitórias, uma revogação, 30 outras que estabelecem um regime transitório e uma disposição final (506 preceitos no total). A da Bolívia tem 411 artigos, 10 provisões transitórias, uma provisão de abrogação e uma final (432 preceitos no total).

<sup>46</sup> Se observarmos a muito austera Constituição dos Estados Unidos, que contém 7 artigos (e uma série de emendas), e compara-o com mais de 400 artigos que se encontram nas Constituições do Brasil, do Equador ou da Bolívia, a diferença é notável. É uma clara inflação de direitos, mas isso não deve levar a desqualificar, quase que automaticamente, essas Constituições. Sublinha que o que parece estar em jogo, nesses casos, é um fenômeno que podemos chamar de "cláusulas adormecidas". GARGARELLA, [s. d.]b, p. 13. Alguns autores advertiram que essas Constituições, com uma ampla gama de direitos, reforçam de certa forma os poderes do Poder Judicial (responsáveis por vigiar e decidir o alcance desses direitos), ou seja, o órgão mais anti-maioria de a Constituição, cit., p. 10.

Latina, auspiciada pelo constitucionalismo, seja viável, se requer uma epistemologia própria. É o que Boaventura de Sousa Santos ha denominado uma “epistemologia do sul”<sup>47</sup> afastando-se do que, lamentava Lascarro, “o silêncio dos constitucionalistas.”<sup>48</sup>

E quanto às críticas, algumas são provenientes da doutrina mais conservadora, que não comparte o caráter populista dos novos textos constitucionais (EDWARDS, 2009), tampouco o caráter ambíguo dos mesmos, por entender que se cria um problema para a segurança jurídica (UGARTE, 2013). Por sua parte, Aldunate, sustenta categoricamente que “(...) não existe clareza a respeito do objeto ao qual se faz referência com esta denominação”, “(...) pode ser que o que compra o neoconstitucionalismo seja bom; mas o preço que paga é a desconstitucionalização da Constituição” (LIZIANA, 2010, p. 79-102). Segundo Ponce Villais, o neoconstitucionalismo radical anula a ação do legislador, termina o princípio da certeza do Direito, ataca a segurança jurídica, termina com o sistema de Direito positivo e racional. Para alcançar a máxima eficácia, os juízes estão sendo convidados a dar soluções diferentes às que as partes em conflito solicitaram, levando ao exercício abusivo do poder discricionário. Em suma, adverte sobre um modelo de Constituição "viva".<sup>49</sup> Ele avisa que através da ponderação é procurado atribuir um escudo para que o Juiz de forma discricionária, sob um discurso moral interno, baseie suas decisões fora das margens da normativa Constitucional (VILLACÍS, 2010)<sup>50</sup>.

Ávila Santamaría, em sua linha de defesa de um neconstitucionalismo transformador (SANTAMARÍA, 2012, p. 1-25), aponta alguns elementos comuns de discussão, tais como a

---

<sup>47</sup> Com o termo "sul" Sousa Santos não está se referindo a um sentido geográfico, mas metafórico. É o lugar dos oprimidos. "As Epistemologias do Sul são a reivindicação de novos processos de produção, avaliação de conhecimentos científicos e não científicos válidos e de novas relações entre diferentes tipos de conhecimento, com base nas práticas das classes e grupos sociais que sofreram, de maneira sistemática, destruição, opressão e discriminação causadas pelo capitalismo, o colonialismo e todas as naturalizações da desigualdade em que se desenrolaram [...] Existe também um Norte global no Sul; eles são as elites locais que se beneficiam do capitalismo global ". SANTOS, 2011b, p. 16. Do mesmo autor, *Vide.* SANTOS, 2008 e 2007.

<sup>48</sup> Lascarro argumenta que, na Colômbia, não há um modelo neo-constitucionalista, mas não constitucional, porque não há ruptura epistêmica e política com o modelo hegemônico neoconstitucional, ao contrário do Equador e da Bolívia, onde ele gosta de rever a tensão entre democracia e capitalismo (CASTELLAR, 2012, p. 58-69); também, *Vide.* LASCARRO e LASCARRO, 2012.

<sup>49</sup> Constituição viviente vem a ser um equivalente a uma Constituição sensível aos câmbios (ZAGREBELSKY, 2007, p. 3-12).

<sup>50</sup> Ponce Villais, em relação ao Equador, depois de fazer uma análise de como a jurisprudência, justiça constitucional e justiça comum atuam na proteção dos direitos humanos, conclui que a proteção dos direitos era possível e, de fato, era efetiva com a aplicação de normas anteriores à atual Constituição do Equador de 2009. Ele sustenta que a implantação do neo-constitucionalismo não era necessária para a proteção dos direitos e que o quadro normativo que protege os direitos das pessoas existe há muitos anos. Sobre o questionamento da aplicação generalizada do método de ponderação legal e os perigos do empoderamento do juiz no regime neoconstitucional equatoriano, *Vide.* Zaidán e Ovarte (2012).

relação entre normas-regras e normas-princípios, a função dos juízes no momento de dar efetividade aos direitos fundamentais, o ativismo judicial, e o reconhecimento de sujeitos com direitos coletivos.<sup>51</sup>

## **6. As possibilidades de um diálogo entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano**

O neoconstitucionalismo e o "novo" constitucionalismo latino-americano para alguns autores são categorias diferentes, que tiveram origens diferentes e que se pensavam para aplicação em diferentes situações. Nesta linha, Viciano Pastor e Martínez Dalmau afirmam que "não são necessariamente conceitos complementares, embora possam coincidir em certos aspectos, como a centralidade da supremacia constitucional ou a constitucionalização do ordenamento jurídico"(PASTOR e DALMAU, 2014, p. 63).

Entendemos que o "novo" constitucionalismo latino-americano faz parte do legado do neoconstitucionalismo em alguns aspectos (proliferação de cartas de direitos fundamentais nos textos constitucionais com uma prolixa enumeração de direitos, criação de tribunais

---

<sup>51</sup> Ávila parte da formulação de objeções hipotéticas ao neoconstitucionalismo e está argumentando suas respostas. Nós enunciamos algumas destas hipóteses: a) O neoconstitucionalismo nos querem fazer crer, para incluir mais direitos e princípios na Constituição, vivem uma realidade diferente e o país mudou: o pretexto de que a Constituição não trabalhar não pode ser usado porque os juízes não eles conseguem tornar efetivos os direitos fundamentais. Neoconstitucionalismo [...] nada mais é que a teoria dos direitos fundamentais colocados no centro da teoria do direito e do Estado [...] deve ser construído a partir de indivíduos e comunidades e os seus direitos; b) neoconstitucionalismo não tem nenhuma novidade e a única coisa que é novo é o nome: neoconstitucionalismo é nem única nem homogênea, nem era a lei natural e positivismo (Kelsen, Hart, Bobbio, Ferrajoli), que tiveram com defensores com diversas teorias entre si; c) Os conceitos são trazidos do mundo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. [...] Pensar apenas em teoria, não praticar leis, está ficando na estratosfera. Sociedade civil. Movimentos sociais, povos indígenas, observam que as Constituições são modificadas, algumas são revogadas e outras são promulgadas, mas que as mudanças não são perceptíveis no terreno real. As realizações que os novos textos constitucionais devem trazer são consideradas apenas como um labirinto de normas com muito pouco impacto nos direitos dos cidadãos; d) O princípio é uma norma que, não tendo uma hipótese ou uma obrigação específica, não estabelece um regime objetivo, claro e concreto de como aplicar esse princípio na vida prática. A norma é absolutamente a critério do intérprete. É complementado com o fato de que a norma legal para ser legítimo não pode ignorar ou contrariar os princípios. Os princípios devem inspirar as leis. Somente os legisladores podem determinar o conteúdo e alcance dos princípios que são, por natureza, indeterminados e ambíguos. Deixar os juízes determinar os princípios é permitir a arbitrariedade e promover um sistema que seria baseado na incerteza jurídica. Sublinha Avila que o debate não deve ser se as regras forem as únicas regras que devem existir ou se forem contrárias aos princípios. Os princípios e regras são regras jurídicas complementares: você nunca pode aplicar um princípio se não houver uma regra. A diferença com o positivismo tradicional é que antes que o poder legislativo fosse a única autoridade para produzir normas válidas. No sistema legal constitucional, os juízes também produzem normas legais válidas para os casos e o Tribunal Constitucional com caráter geralmente obrigatório. Quando o juiz resolve um caso aplicando um princípio, ele deve acabar criando uma regra através de um processo argumentativo (SANTAMARÍA, 2012, p. 1-25).

constitucionais) e, ao mesmo tempo, confere alguns aspectos diferenciadores (estabelecimento de mecanismos de participação popular e democrática, destinados a promover o autogoverno coletivo) (ALTERIO, 2014, p. 292-293). Daí as dificuldades em poder estabelecer se um diálogo entre ambas as correntes é possível, uma vez que parecem estar direcionados para objetivos diferentes. Para esclarecer esta possibilidade, relacionaremos os aspectos que os separam ou unem de acordo com alguns critérios: pressupostos, sistematização, objetivos, o que é tutelado e como é tutelado.

Primeiro, em relação aos seus pressupostos: na esfera latino-americana, movimentos como o uso alternativo do direito, a teoria crítica do direito, a influência dos movimentos sociais e dos grupos populares constituíram um terreno fértil para a configuração desta corrente, o que traz uma matriz distintiva às suas propostas em comparação com o neoconstitucionalismo.

Em segundo lugar, em termos de sistematização: neoconstitucionalismo é uma corrente doutrinária, resultado de anos de teorização acadêmica – desde a sistematização na Escola Genovesa nos anos 80. O novo constitucionalismo latino-americano é uma corrente doutrinária, ainda sob sistematização, sendo um fenômeno que surgiu mais à margem da academia, mais dais demandas dos movimentos sociais do que dos professores de Direito Constitucional “[e Teoria do Direito] (portanto, carece de coesão e de articulação como sistema de análise fechado e proposição de um modelo constitucional) (PASTOR e DALMAU, 2010). A preocupação do novo constitucionalismo latino-americano não é apenas a dimensão jurídica da Constituição mas, principalmente, a legitimidade democrática da Constituição.<sup>52</sup> Enquanto isso, neoconstitucionalismo é uma teoria do Direito, em colaboração com o Direito Constitucional. Se faz uma análise teórica do valor jurídico da Constituição e sua influência e hierarquia sobre o restante do ordenamento jurídico, destacando o papel destinado aos princípios constitucionais.

Em terceiro lugar, em relação aos objetivos: a intenção do novo constitucionalismo na América Latina tem sido “configurar textos formalmente modernos que promovam materialmente a transformação da sociedade” (ARMENGOL, 2010, p. 48-77) através de três objetivos: i) estabilidade democrática, através do controle parlamentar e de mecanismos que diminuem o hiper presidencialismo; ii) o fortalecimento dos direitos humanos e o reconhecimento dos direitos dos grupos indígenas; e, iii) padrões mais elevados de governança e controle constitucional.

---

<sup>52</sup> “O novo constitucionalismo recupera a origem revolucionária do constitucionalismo, dotando-o dos mecanismos atuais que o tornam mais útil na emancipação e promoção dos povos através da Constituição [...]” (PASTOR e DALMAU, 2010a, p. 4).

Os recentes textos constitucionais latino-americanos tentaram deixar um certo grau de elitismo e reminiscências do modelo que, eles entendem, caracterizou os textos constitucionais anteriores e contrasta com os deles, em que enfatizam a busca emancipatória de um constitucionalismo democrático. Daí a defesa que fazem das intersubjetividades coletivas e sua preocupação com a desconstrução dos paradigmas hegemônicos da fundamentalidade dos direitos. As Constituições latino-americanas contêm algumas novidades típicas da região latino-americana e outras que são típicas dos movimentos e lutas sociais, como a justiça indígena e a interculturalidade. Outras são tipicamente características das "novas" Constituições latino-americanas - Equador e Bolívia - como a plurinacionalidade e a democracia comunitária. Estes são direitos que guiarão a adoção de políticas públicas e desenvolvimento regulatório explicando os postulados constitucionais e as próprias decisões judiciais.

As constituições principiológicas, que elevaram os princípios e deixaram as regras em um segundo plano outorgando protagonismo ao Poder Judiciário, são reconciliadas com este novo constitucionalismo americano. Ao mesmo tempo em que os princípios têm uma presença significativa, as regras também são importantes, o que se reflete em Constituições com ampla enumeração de direitos e regulamentos detalhados. Esta nova relação entre princípios e regras constitucionais afeta os mecanismos interpretativos da Constituição, modificando-os (PASTOR e DALMAU, 2014, p. 77). No neoconstitucionalismo, a decisão do juiz (ordinário ou controle da constitucionalidade) é a autêntica e a que é imposta ao legislador. No novo constitucionalismo latino-americano, o controle concentrado da constitucionalidade torna-se importante, mas é a vontade constituinte, através dos juízes de controle da constitucionalidade, que é imposta ao legislador e ao juiz ordinário. Ressalta-se que "onde a transformação que o novo constitucionalismo latino-americano tenha contribuído para o conceito de controle da constitucionalidade é mais evidente é exatamente a legitimação ativa que propõe que toda pessoa ou cidadão seja" guardião da Constituição "(por exemplo, é o gozo dos direitos e o exercício dos mecanismos jurisdicionais postos à sua disposição por cada um dos ordenamentos)" (STORINI e SOLIZ, 2011, p. 30).

Em quarto lugar, quanto ao que é protegido: no novo constitucionalismo há uma grande quantidade de normas - princípios e preceitos teleológicos e axiológicos, que são enunciados como princípios éticos-morais (Constituição da Bolívia), tais como: dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementaridade, harmonia, transparência, equilíbrio,

igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero na participação, bem-estar comum, responsabilidade, justiça social, redistribuição equitativa de produtos e bens sociais, democracia, responsabilidade social, preeminência dos direitos humanos, pluralismo político. O reconhecimento dos direitos ligados a um novo modelo de Estado intercultural e plurinacional (a Constituição boliviana o define como um estado social unitário de direito comunitário e plurinacional, o do Equador como um Estado constitucional de direitos e justiça), com ampla proteção das minorias étnicas e grupos étnicos.

A proteção do meio ambiente e a defesa da diversidade natural e cultural estão muito presentes. Nos recentes textos constitucionais podem ser encontradas provisões que permitem falar de "virada biocêntrica", caracterizando uma nova etapa do Estado constitucional, através da passagem do estado de bem-estar social ao Estado dos direitos do bem-estar (em que várias facetas necessárias são integradas para materializar a dignidade humana: o direito à alimentação, à água, ao ambiente saudável, à comunicação e à informação, o respeito pela identidade cultural, a educação, a habitação adequada e a habitação segura, a saúde, o trabalho, segurança social), reconhecendo a natureza como um sujeito de direitos, como um estado de bem-estar social (MELO, 2013). O reconhecimento da titularidade de direitos aos das pessoas colectivas, como as comunidades, os povos e as nacionalidades, e a legitimação de novos direitos-figuras, como o direito à água e o direito à alimentação, são alguns outros exemplos de um catálogo de direitos diferentes dos textos do neoconstitucionalismo.

Na América Latina, é muito difícil negar o reconhecimento e a existência de sujeitos coletivos. Muitas decisões da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, resoluções do Comitê de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reconheceram legalmente como detentores de direitos os povos indígenas.<sup>53</sup> No contexto europeu, vale a pena perguntar se a posse dos direitos humanos pode ser estendida aos povos. Ou seja, como o professor Pérez Luño pergunta, podemos projetar aos povos o

---

<sup>53</sup> A título de exemplo, podem ser mencionados os seguintes: Comitê de Direitos Humanos, Comentário Geral Nº 23 (Artigo 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos), Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; Comitê de Direitos Humanos, Caso Ominayak c. Canadá, Comunicação N. 167/1984, 26 de março de 1990; Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Aloeetoe, Sentença de Reparações, 10 de setembro de 1993. Tribunal Constitucional da Colômbia, julgamento T. 349/96, relator Carlos Gaviria, 8 de agosto de 1996. Além disso, existem vários instrumentos internacionais de direitos humanos, que reconhecem direitos a coletividades, como o direito à autodeterminação de povos que está incluído no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, na Convenção nº 169 da OIT e na Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, de 2007.

reconhecimento das faculdades e poderes ligados à autonomia e autodeterminação da pessoa individual como concretizações dos valores fundamentais da dignidade e da liberdade (LUÑO, 2001, p. 262)? Adverte que, apesar do fato de que as expressões "direitos coletivos" ou "direitos individuais" serem habituais, constituem um paradigma de ambiguidade e lamenta o mau uso da linguagem jurídica ", que evoca a idéia de supostas faculdades ou de bens individuais ou coletivos conformes de tais direitos [...] o que significam essas expressões, que induzem à confusão, é que existem formas individuais ou coletivas de direito de direitos ". Aderimos à teoria apoiada por Pérez Luño quando enfatiza que os indivíduos podem ser detentores de direitos humanos ou outros direitos. No entanto, as entidades colectivas podem ser titulares de qualquer tipo de direitos em nível internacional e interno, incluindo os direitos fundamentais, "mas nunca os direitos humanos"" (LUÑO, 2001, p. 266).<sup>54</sup>

Em quinto lugar, quanto a *como* eles protegem os direitos contidos nos respectivos textos constitucionais. O constitucionalismo latino-americano recente, ao contrário da posição de controle negativo e mínimos que sustentou o constitucionalismo anterior, aceita a idéia de um maior ativismo jurisprudencial em correspondência com a idéia de constituição aberta e principialista que sustentam. Em algumas Constituições, observa-se uma tensão em relação à tentativa de articular simultaneamente uma forma de neo-constitucionalismo, ao mesmo tempo em que tenta estimular a participação democrática, já que parecem exercícios em direção contrária. Assim, o neo-constitucionalismo é caracterizado pela proteção judicial reforçada por uma Carta Constitucional muito densa de direitos, pelo que se tende à judicialização, já que os juízes, especialmente os juízes constitucionais, começam a decidir questões que anteriormente eram debatidas em espaços democráticos. O intentar de expandir as listas de direitos incorporadas na Constituição provoca um reforço dos poderes do Poder Judiciário, o órgão mais comprovadamente majoritário da Constituição.

Parece então difícil, embora não impossível, alcançar ao mesmo tempo um forte constitucionalismo com uma deliberação e uma participação democrática forte (UPRIMNY, [s. d.], p. 18), como a que é sustentada nessas Constituições latino-americanas. Por outro lado, são constituições de garantia baseadas na estruturação e conformação do controle de

---

<sup>54</sup> Vide. ARA PINILLA, 1990, p. 135-138; também, Vide. DOMÍNGUEZ, 2001, p. 195-200.

constitucionalidade. Um modelo concentrado e especializado está estruturado na Bolívia com o Tribunal Constitucional Plurinacional<sup>55</sup> e no Equador com o Tribunal Constitucional.

## 7. A modo de conclusões.

Voltando à pergunta inicial que formulamos no título inicial do nosso trabalho, sobre se a neconstitucionalismo e o "novo" constitucionalismo latino-americano (com foco em três constituições que atendem a rigor a essa nomenclatura, como as da Venezuela, da Colômbia e do Equador) são duas correntes chamadas a ser entendidas, deve-se notar que existem muitos cétricos a este respeito. E não porque eles não podem ser entendidos, mas porque, do ponto de vista europeu, eles se perguntam se, além desses direitos, há realmente algo "novo" no novo constitucionalismo latino-americano. Porque a base do "novo" constitucionalismo latino-americano deriva de uma base comum, que é a europeia. Além disso, alguns dos autores que mais contribuem para a sua disseminação são também constitucionalistas espanhóis. Portanto, o fato de que tanto as correntes, o neoconstitucionalismo como o "novo" constitucionalismo latino-americano, compartilham uma base comum, nos leva a perguntar o que é realmente "novo".

Algumas diferenças podem ser observadas, mas não nos permitem afirmar categoricamente que é um sistema realmente "novo". Nas constituições mais representativas do novo constitucionalismo latino-americano (como o colombiano e o equatoriano), primeiro, a predição da rigidez constitucional é diferente da contemplada nas Constituições do neoconstitucionalismo, uma vez que a rigidez é totalmente aplicável a os poderes constituídos, mas para o poder constituinte (original) não existem reservas (na terminologia de Garzon Valdés) ou áreas indescritíveis (na terminologia de Ferrajoli).

Em segundo lugar, o controle da constitucionalidade não pode ser assimilado a uma das Constituições europeias, pois tentaram salvar a objeção democrática de diferentes maneiras. Assim, estabeleceu a possibilidade de propor candidatos ao objeto e do Tribunal máxima Constitucional (Constituição da Bolívia, art.199.II), e mesmo na Bolívia prevê a eleição directa dos seus membros pelos cidadãos. Em terceiro lugar, se determinam expressamente os critérios de interpretação das disposições constitucionais para evitar qualquer coisa que a discricção judicial

---

<sup>55</sup> O Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia está composto por sete magistrados titulares e sete substitutos, eleitos por voto popular direto, sufrágio universal e maioria simples.

possível, como a redação do texto, a vontade do constituinte e a integridade da Constituição. Em quarto lugar, os cidadãos têm amplo acesso aos tribunais e até mesmo a legitimação universal ativa para a apresentação do recurso de inconstitucionalidade; Quinto, são implementadas novas funções e poderes do Estado que partem da tripartição liberal clássica. Cria-se "o Poder Eleitoral e um poder de controle do cidadão" (como uma quarta potência)<sup>56</sup>.

Uma diferença notável entre o neo-constitucionalismo e o "novo" constitucionalismo latino-americano é que a sistematização consolidada do neo-constitucionalismo, articulada por especialistas em Teoria do Direito e no Direito Constitucional, é uma tarefa que ainda está em fase de articulação no "novo" constitucionalismo latino-americano. A constitucionalização dos direitos a partir do qual eles começam em alguns e outros textos constitucionais é muito diferente. A plurinacionalidade, o pluralismo jurídico e a jurisdição indígena são configurados como categorias legais de enquadramento difícil na teoria do direito próprio do constitucionalismo europeu (valores mais elevados, princípios jurídicos constitucionais, deveres legais). O sistema de fontes de direito e o princípio da segurança jurídica, característica do constitucionalismo europeu, têm uma conexão difícil com o pluralismo jurídico que caracteriza esse "novo" constitucionalismo latino-americano.

Possivelmente, uma das características mais claramente comuns compartilhadas por ambas as correntes é o papel renovado que o Poder Judiciário deve desempenhar. O neoconstitucionalismo promove uma maior atividade judicial. No entanto, isso não implica um maior *ativismo judicial*, que seria característico do novo constitucionalismo latino-americano. No neo-constitucionalismo, o juiz tem um papel mais importante a desempenhar, mas isso não significa que ele esteja menos vinculado ao Direito. No entanto, apesar do fato de que o neoconstitucionalismo não consegue dar uma margem tão ampla ao Judiciário, ele às vezes deixa a decisão final nas mãos dos juízes, negando-lhe o caráter da política e encobrendo-o com aspectos técnicos em torno da ponderação. No neoconstitucionalismo, o papel atribuído ao Poder Judicial (jurisdição ordinária e jurisdição constitucional) parece ser mais claro. No caso do "novo" constitucionalismo latino-americano, estamos testemunhando um reforço do Poder Judicial para que ele possa especificar o alto fardo axiológico dos textos constitucionais. No entanto,

---

<sup>56</sup> Na Constituição da Venezuela, é chamado de 'Poder Ciudadano' (Título V, Capítulo IV); na Constituição equatoriana de 2008, é chamado de "Poder da Transparência e Controle Social" (Capítulo V, título IV); e a Constituição boliviana de 2009 incorpora a função de "Participação e controle social" (artigos 241 e 242). Além disso, sobre essas avaliações, *Vide* ALTERIO, 2014, p. 283-285.

paradoxalmente, o Poder Judicial é o poder tipicamente contramajoritário, oposto ao protagonismo do Poder Legislativo e, portanto, à participação por parte dos cidadãos. Esta é uma das contradições que o "novo" constitucionalismo latino-americano terá que responder.

Cabe esperar que o “novo” constitucionalismo latino-americano alcance um significativo grau de sistematização com o tempo. No entanto, deve se advertir que, pela matriz comum do Direito europeu que compartilham, serão duas correntes chamadas ao entendimento.

## Referências

AA.VV. **El Nuevo Constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010. Disponível em: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

ALBUQUERQUE, A.A. Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito a autodeterminação dos Povos Indígenas**: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del Derecho**. Barcelona, Gedisa, 1994.

ALTERIO, Ana Micaela, Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, n. 8, jan./dez. 2014, p. 227-306. Disponível em: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/problema/article/view/50188>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

\_\_\_\_\_; MIEMBRO, R. (Coords). **Constitucionalismo popular en Latinoamérica**. México: Porrúa, 2013.

ARA PINILLA, I. **Las transformaciones de los derechos humanos**. Madrid: Tecnos S.A., 1990.

ARMENGOL, C. M. Villabella, Constitución y democracia en el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, IUS 25, 2010, p. 48-77. Disponível em: <<http://www.icipuebla.com/revista/IUS25/IUS%2025IND.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2015.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. [s. d.]. Disponível em: <<http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCach>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo Latino-Americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. In: WOLKMER, A. C.; O. CORREAS, (Org.). **Crítica Jurídica en América Latina**. Aguascalientes/Florianópolis, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispatt, UFSC, 2013, p. 90-107.

CADERMARTORI, L. E. Urquhart; RICHTER, D. O novo constitucionalismo latino-americano: um olhar sobre a questão ambiental. In: SÁNCHEZ BRAVO, Á. (Ed.). **Justicia y medio ambiente**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013, p. 364-389.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Principios y nuevos constitucionalismos. El problema de los nuevos principios. Tradução de M. Rodríguez Canotilho. **Ugr**, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/07JJGomesCanotilho.htm#dos>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

CARBONELL, M. Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina. **Precedente**, Cali-Colombia, p. 207-225, 2010. Disponível em: <[https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2010/09\\_Carbonell.pdf](https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2010/09_Carbonell.pdf)>.

CARBONELL, M. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Trotta, 2003.

CASTELLAR, C. Lascarro. De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Jurídicas**, 9, (2), Manizales, jul./dez. 2012, p. 58-69, 2012. Disponível em: <[http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9%282%29\\_5.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9%282%29_5.pdf)>. Acesso em: 06 mar. 2015.

CLAVERO, B., **Derecho Indígena y Derecho Constitucional en América**. México D.F.: Siglo XXI, 1994.

COMANDUCCI, P., Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, M. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_; MORESO, J.J. Constitucionalización y neoconstitucionalismo y Comanducci sobre neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M.; GARCÍA JARAMILLO, L. (Ed.), **El canon neoconstitucional**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 173-206.

CORREAS, O. **Derecho indígena mexicano I**. México D.F., UNAM, Ediciones Coyoacán, 2007.

DE LUCAS, J. La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos. In: AÑÓN, María José; BERGALLI, Roberto; CALVO, Manuel; CASANOVAS, Pompeu (Coord.). **Sociedad y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

DOMÍNGUEZ, Ana Garriga. ¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales. In: ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Coord.). **Una discusión sobre derechos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2001, p. 195-200.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EDWARDS, S. **Populismo o mercados. El dilema de América Latina**. Bogotá, Norma, 2009.

FAJARDO, R. Irigoyen. **El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización**. 2010. Disponible em: <<https://es.scribd.com/doc/.../3-Ryf-2010-Constitucionalismo-y-Pluralismo>>. Acceso em: 02 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). **Pueblos Indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 537-567. Disponible em: <[www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf](http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf)>. Acceso em: 02 jan. 2015.

FERNANDES, B. G. A teoria da Constituição à luz dos movimentos do constitucionalismo(moderno), do neoconstitucionalismo (contemporâneo), do transconstitucionalismo e do constitucionalismo(latino-americano) plurinacional. In: MORAIS, Bolzan de Morais; BARROS, J.L y Flaviane de Magalhães (coords.). **Novo constitucionalismo Latino-americano. O debate sobre novos sistemas de Justiça, ativismo judicial e formação de juizes**. BeloHorizonte, Arraes Editores, 2014, p. 37-64.

FERNÁNDEZ, A. Noguera. **Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas**. Valencia: tirant lo Blanch, 2010.

FERRAJOLI, L., Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, 2010, p. 15-53.

FERRERES, V., **Justicia constitucional y democracia**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos**. Madrid, Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo. FIGUEROA, Alfonso García (Coord.). **Racionalidad y Derecho**. Madrid: CEPC, 2006a, p. 265-28.

\_\_\_\_\_. Norma y valor en el neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 7, 2006b, p. 107-12.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer. **Juragentium.org**, [s. d.]a. Disponible em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>>. Acceso em: 02 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes**. [s. d.]b. Disponible em: <[http://www.palermo.edu/Archivos\\_content/derecho/pdf/Constitucionalismo\\_atinoamericano.pdf](http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf)>. Acceso em: 13 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial.** Barcelona, Ariel, 1996.

\_\_\_\_\_; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes.** Santiago de Chile, Cepal, 2009.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, M., **Neoconstitucionalismo(s).** México, UNAM, 2003.

IRIGOYEN, R. Aos 20 anos do Convenio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: Grijalva, Agustín, et al. **Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina.** Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

KENNEDY, D. **Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del Derecho (CLS).** Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1999.

LASCARRO, C.; LASCARRO, D. El silencio de los constitucionalistas. **Revista Latinoamericana Refundación**, México, 2012.

LIZIANA, A. Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 23, n. 1, jun. 2010, p. 79-102. Disponível em: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502010000100004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004)>. Acesso em: 02 mar. 2015.

LÓPEZ, P. Garzón. Pluralismo. **Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad**, n. 5, p. 186-193, set. 2013-fev. 2014. Disponível em: <<http://eunomia.tirant.com/?p=2245>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

LUCAS, J. de. La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos. In: AÑÓN, María José; BERGALLI, Roberto; CASANOVAS, Manuel Calvo y Pompeu (Coord.). Valencia: Sociedad y Derecho, Tirant lo Blanch, 1998.

LUÑO, A. E. Pérez. Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos. In ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Ed.). **Una discusión sobre derechos colectivos.** Madrid: Dykinson, 2001.

\_\_\_\_\_. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía del Derecho.** Sevilla: Grupo Nacional de Editores, 2003.

MALLOL, V. Cabedo. **Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina.** Valencia: Editorial UPV, 2004.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico y pueblos indígenas.** Barcelona: Icaria, 2012.

MARTÍN, N. Belloso; RODRÍGUEZ, S. Tarso; FERNANDES, A. Do Pos-modernismo a o Pós-colonial: o constitucionalismo latino-americano e novas intersubjetividades coletivas. Uma

deconstrução de paradigmas hegemônicos vigentes a partir da eficácia do outro. Perspectivas construtivas no Direito Internacional dos Direitos humanos. **Revista de Estudos Sócio-Jurídicos Ambientais**, Cuiabá, n. 6, jan.-jun. 2015, p. 93-134.

MARTÍN, N. Belloso; RODRÍGUEZ, S.; BOTELHO, T. Los derechos indígenas en el nuevo constitucionalismo latino-americano: tiempo de derechos. **Revista de Estudos Sócio-Jurídicos Ambientais**, Cuiabá, n. 6, jan.-jun. 2015, p. 277-299.

MÉDICI, A. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial: Bolivia y Ecuador. **Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, n. 3, 2010, p. 3-23.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo Latino-Americano. **Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, 2013.

MELO, Milena Petters; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-Americano**. Curitiba, Juruá, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Directrices sobre los asuntos de los Pueblos indígenas**. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008. Disponível em: <[http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices\\_pueblos\\_indigenas.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf)>. Acesso em: 11 maio 2015.

NIEMBRO, Roberto O. Una mirada al constitucionalismo popular. **Isonomia**, n. 38, abr. 2013, p. 191-224. Disponível em: <[http://www.isonomia.itam.mx/Nueva%20carpeta/Isono\\_38\\_7.pdf](http://www.isonomia.itam.mx/Nueva%20carpeta/Isono_38_7.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2015.

NINO, C.S. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven e London: Yale University Press, 1996.

NOGUEIRA, C. Barbosa Contente; ALMEIDA, R. L. Paz de., Por un constitucionalismo socioambiental: o principio do “buen vivir” e o novo constitucionalismo democrático latino-americano. **Publica Direito**, [s. d.]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4dc3ed26a29c9c3d>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

PASTOR, R. Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** 2010a. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010b, p. 9-43.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **El Nuevo Constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010c. Disponível em: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. **Debates constitucionales en nuestra América**, 2014. Disponível em: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

PELÁEZ, F.J. Contreras. Los derechos indígenas en las nuevas constituciones hispanoamericanas. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, 2012, p. 83-107.

POZZOLO, S. **Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico**. Torino: Giappichelli, 2001.

\_\_\_\_\_. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, M. (Ed.), **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: **Doxa**, n. 21, 1998, p. 355-370.

PULIDO, C. Bernal. Elementos para una defensa de las tesis del neoconstitucionalismo. In: **El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 92-119.

RAMÍREZ, S., Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os Direitos dos Povos Indígenas. In: Grijalva, Agustín, et al. **Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

ROMEO, F. Palacios. **Nuevo constitucionalismo participativo en Hispanoamérica**. Pamplona: Aranzadi, 2013.

SANCHÍS, L. Pietro, Réplica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, M., **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: UNAM, 2007.

\_\_\_\_\_. **El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía jurídica**. Madrid, Trotta, 2013.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS. Granada, n. 44, 2010, p. 461-506.

\_\_\_\_\_; AMADO, J.A. García. Debate sobre el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid, Trotta, 2007, p. 213-288.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008.** Quito, 2011, Edic. Abya-Yala, p. 53-82. Disponível em: <<http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **En defensa del neoconstitucionalismo transformador:** los debates y los argumentos. Repositorio. Universidad Andina Simón Bolívar, 2012, p. 1-25. Disponível em: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

SANTAMARÍA, Rosember Ariza. **El derecho profano: justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo.** Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, B. S. S.; JIMÉNEZ, A. G. (Org.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador.** Quito, Rosa Luxemburg, 2012.

\_\_\_\_\_(Org.). **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. Epistemologías del Sur”, Utopía y Praxis Latinoamericana. **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**, ano 16, n. 54, Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela, Julio-Septiembre, 2011a, p. 17-39. Disponível em: <[dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4231309.pdf](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4231309.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Introducción: las epistemologías del Sur. 2011b. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION\\_BSS.pdf](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf)>. Acesso em: 04 maio 2015.

\_\_\_\_\_. **La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional.** Cochabamba: Alianza Internacional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007.

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

\_\_\_\_\_. **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho.** Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA, 2009.

SANZ, M. Ruiz. Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. **Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, n. 32, 2015, p. 79-106.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVEIRA, E. Damas da. Jusdiversidade e interlegalidade indígena na experiência amazônica. In: SOUZA FILHO, C.F. Marés de; FERREIRA, H. Sivini; NOGUEIRA, C. Barbosa Contento

(Org.). **Direito socioambiental: uma questão para América Latina**. Curitiba: Letra da Lei, 2014, p. 99-108.

STORINI, C. (Coord.). **Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo en América Latina**. Pamplona: Aranzadi, 2014.

\_\_\_\_\_; SOLIZ, J. Escudero. El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Revista General de Derecho Comparado**, n. 9, 2011, p. 1-34.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAPIA, L. **Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional**. Buenos Aires: CLACSO, ano 8, n. 22, 2007, p. 47-63.

UGARTE, P. Salazar. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). In: GONZÁLEZ PÉREZ, R.; VALADÉS, D. (Coords). **El constitucionalismo contemporáneo**. Homenaje a Jorge Carpizo. México, UNAM, 2013.

UPRIMNY, R. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros. In: VV.AA. **Los procesos de control estratégico como pilares de modernización del Estado**. Bogotá, BID, PGN, 2007.

\_\_\_\_\_. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: desafíos y tendencias. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Coord.). **El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI**. Buenos Aires, Siglo XXI, n. 8, 2011.

VAZQUEZ, R. Justicia constitucional, Derechos humanos y argumento contramayoritario. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS**. Universidad de Granada, n. 44, 2010.

VEGA, A. Cabo de la. Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n. 9, 2011, p. 1-40.

VILLACÍS, J. E. Ponce. **El Neoconstitucionalismo en el Ecuador**. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2010.

WILHELMI, M. Aparicio. Nuevo constitucionalismo derechos y medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. **Revista General de Derecho Público Comparado**, 9, 2011, p. 1-24.

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

\_\_\_\_\_; CORREAS, O. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes/Florianópolis: UFRSC-Mispat, 2013.

\_\_\_\_\_; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado pluralismo e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde America Latina. In: WOLKMER, A. C.; FERNANDEZ M. LIXA, I. (Orgs.). **Constitucionalismo, Descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**, NEPE - Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) Aguascalientes / Florianópolis: 2015, p. 95-103.

YRIGOYEN, R. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**. Guatemala: Fundación Myrna Mack 1999.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1995.

ZAGREBELSKY, G. Jueces constitucionales In: **Jueces para la Democracia**, n. 58, 2007.

ZAIDÁN, S.; OVARTE, R. **Neoconstitucionalismo: teoría y práctica en el Ecuador**. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012.