

NEOCONSTITUCIONALISMO E NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: CARACTERÍSTICAS E DISTINÇÕES*

Marina Vitório Alves**

RESUMO: A Constituição é o principal elemento da ordem jurídica dos países ocidentais. As constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial são impregnadas de conteúdos axiológicos com o objetivo de assegurar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo surge como novo paradigma do Estado Democrático de Direito. Na América Latina, em razão de movimentos sociais acontecidos no início da década de 1980, surge um movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, que propõe a fundação de um novo Estado, o Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado para possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Estado Democrático. Neoconstitucionalismo. Novo constitucionalismo. Estado Plurinacional.

Introdução

Atualmente, os ordenamentos jurídicos ocidentais, em sua maioria, têm na Constituição o principal elemento de composição; é o coração do sistema jurídico.

O constitucionalismo moderno surge em meados do século XVIII e é afirmado com as revoluções burguesas (inglesa, francesa e norte-americana). A análise das fases pelas quais passa o constitucionalismo será realizada com o intuito de delinear os contornos do chamado “neoconstitucionalismo”, movimento que tem início na Europa pós 2ª Guerra Mundial.

Alguns teóricos - SANTOS (2007, p. 11) e MAGALHÃES (2010, p. 91-92) -, apenas a título exemplificativo) afirmam que as instituições do mundo moderno, baseadas no modelo europeu ocidental, estão em crise. Magalhães (2010, p. 91) afirma que essa crise levará a uma mudança paradigmática da qual é exemplo o chamado Estado plurinacional, fruto do movimento denominado “novo constitucionalismo” latino-americano ou andino.

Esse movimento político-jurídico tem introduzido alterações estruturais e culminado em reformas constitucionais realizadas recentemente em alguns países vizinhos ao Brasil. Destacam-se as alterações nas constituições e nos sistemas jurídicos de Equador, Bolívia e Colômbia.

O projeto constitucional que está sendo implantado nesses países traz profundas mudanças nas formas de organização do poder do Estado; na participação popular na

* Enviado em 5/6, aprovado em 20/7, aceito em 3/8/2012. Texto elaborado com base nas aulas de Teoria Geral do Direito Público do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

** Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Pós-Graduada em Direito de Empresa - Universidade Gama Filho; advogada. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil. E-mail: marinavitorio@gmail.com.

tomada de decisões; na vigência dos direitos fundamentais sociais e dos demais direitos; na busca de um novo papel da sociedade no Estado; e na maior integração de todas as camadas da população.

Para que se compreendam as alterações e as propostas do novo constitucionalismo, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre neoconstitucionalismo, com o objetivo de identificar as diferenças entre tais movimentos, bem como as principais propostas trazidas pelo novo constitucionalismo latino-americano.

1 Breves considerações sobre o surgimento do constitucionalismo

Ainda que de forma breve, traçaremos breves considerações sobre o surgimento e a história do constitucionalismo ocidental para, em seguida, tratarmos do neoconstitucionalismo.

O constitucionalismo moderno surge em meados século XVIII e é afirmado com as revoluções burguesas: a Revolução Inglesa, de 1688; a Revolução Americana, de 1776; e a Revolução Francesa, de 1789.

José Luiz Quadros de Magalhães (2006, p. 11) afirma que se pode falar em embrião do constitucionalismo na Magna Carta, de 1215; Canotilho (2009, p. 52) diz que o constitucionalismo moderno opõe-se à ideia de constitucionalismo antigo, este compreendido como todo o sistema de organização político-jurídico que antecedeu o constitucionalismo moderno.

A Constituição traz dois elementos inovadores para a ordem jurídico-política existente no século XVIII: a limitação do poder e a previsão de direitos. Essa previsão é claramente oposta ao absolutismo que vigia na maioria dos estados ocidentais. O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) afirma: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a repartição dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Destaque-se que o constitucionalismo não nasceu democrático: surge liberal, como forma de limitar o poder do Estado e garantir a segurança da burguesia, que, tendo adquirido poder político com a queda do absolutismo, necessita de estabilidade para o exercício de suas atividades (MAGALHÃES, 2010, p. 96).

Sob a égide do Estado liberal, a Constituição tinha como mandamentos essenciais valorização da liberdade individual; garantia e proteção da propriedade privada; declaração de direitos individuais para todas as classes (para as classes menos favorecidas tais direitos eram concedidos apenas formalmente); e previsão da separação de poderes. A respeito desse último mandamento, ao Poder Legislativo cabia elaborar as leis, havendo, por esse motivo, uma sobreposição desse poder em relação aos demais nesse período; ao Executivo, aplicar o Direito, respeitando a segurança e a liberdade; e ao Judiciário, aplicar impor a lei por meio da subsunção (OLIVEIRA, 2002, p. 52-54).

O Direito é visto como uma ordem fechada de regras que garantem estabilidade e segurança. O Estado não intervém no mercado, tampouco na vida privada dos cidadãos:

impera a individualidade.

Magalhães (2010, p. 97-98) ensina que o constitucionalismo liberal era incompatível, num primeiro momento, com a ideia de democracia, ou seja, tomada de decisões a partir da vontade da maioria da população. O constitucionalismo vitorioso das revoluções burguesas garantia a liberdade individual dos homens ricos e brancos. Não houve, num primeiro momento, qualquer pleito para que o voto fosse universal e garantisse a manifestação da vontade de toda a população.

A democracia é unida ao constitucionalismo, no século XIX, a partir das reivindicações da classe operária, que começa a se organizar após ser constatada a inexistência de direitos efetivos para toda a população.

Tais reivindicações sociais, realizadas pelos sindicatos e partidos políticos (recém surgidos), aliadas ao capitalismo monopolista à crise da sociedade liberal e à 1ª Guerra Mundial iniciam o constitucionalismo social (OLIVEIRA, 2002, p. 58).

O constitucionalismo social tem como marco inicial as Constituições do México, de 1917 e da Alemanha, de 1919, a Constituição de Weimar.

Sob a égide do Estado social, os governos passam a intervir na economia e nas relações privadas para garantir o estado de bem-estar social. Ocorre uma materialização dos direitos liberais que eram apenas formalmente garantidos e há, em alguma medida, implementação de direitos sociais.

A sociedade, após a 1ª Guerra Mundial, encontra-se dividida em sociedade civil e Estado. No lugar de uma sociedade composta por proprietários, organizados por um Estado não intervencionista, surge uma sociedade marcada pelo conflito das diversas camadas sociais, cada uma buscando o atendimento de seus interesses. O Estado passa a intervir na economia, garantindo uma artificial livre concorrência que ocasiona desigualdades compensadas por prestações estatais de serviços e pela concessão de direitos sociais.

O direito passa a ser encarado como sistema de regras e princípios otimizáveis e encerra objetivos a serem realizáveis (OLIVEIRA, 2002, p. 59).

O princípio da separação de poderes é visto sob outra ótica: fala-se em funções do Estado. O Poder Legislativo, além de elaborar as leis, assume a função de fiscalizar o Estado; o Executivo passa a ser dotado de instrumentos de intervenção no mercado para realizar e garantir o interesse público; e o Judiciário, a exercer a função jurisdicional para garantir a densificação do Direito.

Apesar de todas essas propostas, o Estado social não conseguiu efetivar os inúmeros direitos previstos e realizar a democratização econômica e social.

A existência de normas constitucionais prevendo direitos sociais e estabelecendo limites à atuação do poder estatal não impediu a ocorrência de duas guerras mundiais no século passado.

Após a 2ª Guerra Mundial, os países europeus, como forma de repudiar os horrores vividos, passaram a introduzir em suas constituições valores como a dignidade da pessoa humana e normas de direitos fundamentais. Nesse sentido, Barcellos aduz que:

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial,

introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores - associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais - ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado. (BARCELLOS, 2007, p. 4)

Nesse contexto, a Constituição aproxima-se ainda mais do ideal democrático, fazendo surgir uma nova forma de organização jurídico-política, inexistente até então, “o Estado Democrático de Direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático” (BARROSO, 2007, p 3).

Essa nova concepção de constitucionalismo é denominada por muitos doutrinadores como “neoconstitucionalismo”, que, em linhas gerais, pode ser definido como um movimento jurídico-político-filosófico que modifica a concepção e interpretação do Direito e de sua inter-relação com os demais sistemas sociais.

O aprofundamento sobre o neoconstitucionalismo será feito nos próximos tópicos do presente trabalho.

2 Neoconstitucionalismo: conceito, características e aspectos relevantes.

O termo neoconstitucionalismo foi usado pela primeira vez pela autora italiana Suzanna Pozzolo, em 1993, durante uma conferência em Buenos Aires. Na oportunidade, a autora usou o termo para “denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito” (DUARTE; POZZOLO, 2006, p.77).

Desde então, muitos estudos vêm sendo elaborados para delinear os contornos desse movimento. Destaque-se a publicação da obra *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, em que renomados juristas internacionais se debruçaram sobre o tema.

Entre os juristas nacionais, como afirma Maia (2009, p. 153), destacam-se Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos - ambos ligados à Universidade do Estado do Rio de Janeiro - como estudiosos sobre o tema.

Após as considerações iniciais, far-se-á a conceituação e indicação dos aspectos relevantes do neoconstitucionalismo.

Streck (2009), ao apontar o neoconstitucionalismo como um movimento que promove uma ruptura do paradigma do Estado “liberal-individualista e formal-burguês”, afirma que:

Isto é o neoconstitucionalismo: uma técnica ou engenharia do poder que procura dar resposta a movimentos históricos de natureza diversa daqueles que originaram o constitucionalismo liberal, por assim dizer (ou primeiro constitucionalismo). Por isso o neoconstitucionalismo é paradigmático; por isso ele é ruptural; não há sentido em tratá-lo como continuidade, uma vez que seu “motivo de luta” é outro. (STRECK, 2009)

Barroso (2007, p. 2) afirma que o neoconstitucionalismo deve ser compreendido por meio da identificação do marco histórico, teórico e filosófico. O autor identifica como marco histórico os movimentos constitucionais da Europa pós 2ª Guerra Mundial. O autor aponta como marcos significativos as constituições alemã (1949) e italiana (1947) e a criação dos tribunais constitucionais nesses países - nos anos de 1951 e 1956, respectivamente. Aponta ainda a importância dos processos de redemocratização da Espanha e Portugal para a construção e fortalecimento do neoconstitucionalismo.

Como marco teórico, Luís Roberto Barroso indica a existência de três características fundamentais para a caracterização do neoconstitucionalismo: "a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional" (BARROSO, 2007, p. 5).

O marco filosófico apontado pelo autor é o pós-positivismo. Ele afirma que a superação do jusnaturalismo, aliada ao fracasso do positivismo, criaram a necessidade de uma leitura que considerasse o direito positivado juntamente à concretização de valores. O neoconstitucionalismo tenta fazer com que a interpretação e a aplicação das normas jurídicas sejam guiadas por uma teoria de justiça (BARROSO, 2007, p. 4).

Barcellos (2007, p. 2-9) afirma que as características do neoconstitucionalismo podem ser agrupadas em dois grandes grupos: as metodológico-formais e as materiais.

No primeiro grupo, a autora afirma que estão inseridas: normatividade e superioridade da Constituição e a consequente posição de centralidade no ordenamento jurídico.

No tocante ao aspecto material, a doutrinadora afirma:

Do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. (BARCELLOS, 2007, p. 4)

Ávila (2009, p. 2), a despeito de afirmar a existência de diversos significados para o termo neoconstitucionalismo, apontando como correta a utilização do termo "neoconstitucionalismo(s)", diz que as características principais desse movimento podem ser apontadas na existência de: número maior de princípios nos textos legais; uso preferencial do método de ponderação, no lugar da simples subsunção; justiça particular (individual, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto); fortalecimento do Poder Judiciário; e aplicação da Constituição em todas as situações, em detrimento da lei.

Duarte (2010, p. 62-72) traça um perfil pormenorizado das características, que segundo ele, definem o neoconstitucionalismo. Para ele, as principais características são:

a) *pragmatismo*, que liga o conceito de direito à compreensão da teoria constitucional adotada. Isto é: não há um conceito único de direito - a conceituação dependerá de sua utilização. Essa característica destaca a importância ao aspecto prático (político) do direito;

- b) *ecletismo metodológico*, unindo interpretação e aplicação do direito, de forma que a criar um método que una a orientação analítica e hermenêutica;
- c) *princípioalismo*, consubstanciado na presença cada vez mais marcante dos princípios - pautas axiológicas - na ordem jurídica neoconstitucional. Tal característica impõe a necessidade de se criar uma teoria dos princípios que confira embasamento racional às ponderações que ocorrem dentro do ordenamento;
- d) *estatalismo garantista*, configurado pela necessidade de que instituições estatais sejam responsáveis pela solução de conflitos para a garantia de segurança jurídica a toda a sociedade;
- e) *judicialismo ético-jurídico*, que exige dos operadores do direito uma atuação que una a análise dos textos jurídicos aos conteúdos valorativos existentes no ordenamento;
- f) *interpretativismo moral-constitucional*, que pugna pela necessidade de que os intérpretes da Constituição considerem os valores nela positivados na aplicação e interpretação do direito;
- g) *pós-positivismo*, impregna o movimento neoconstitucional na construção de um direito que deve ser; não foca suas atenções na mera descrição do direito posto e das instituições existentes, mas pugna pela criação de um compromisso da ciência jurídica com a interpretação valorativa do direito e das instituições;
- h) *juízo de ponderação*, para os casos difíceis. Em tais situações, os juízes devem buscar a resposta correta, que deve ser encontrada com a introdução de argumentos de princípios e com o sopesamento;
- i) *especificidade interpretativa*, a qual exige que a interpretação da Constituição seja diversa da interpretação das normas infraconstitucionais, dado o entendimento neoconstitucional de que a Constituição apresenta um caráter prescritivo. Como consequência, em razão da atribuição de sentido pelo intérprete às normas constitucionais, ao analisá-las, deve ligar-se a uma tese moral, o que não ocorre na interpretação das disposições infraconstitucionais;
- j) *ampliação do conteúdo da Grundnorm*, com a introdução de valores morais na norma fundamental, os quais a legitimam;
- k) *conceito não positivista de direito*, o único meio de conformar o ideal neoconstitucionalista de obrigação jurídica baseada num ideal moral.

Como já dito, o neoconstitucionalismo é um movimento jurídico-político-filosófico que modifica a concepção e interpretação do Direito, ao introduzir conteúdos axiológicos e ao atribuir força normativa à Constituição, reposicionando-a como principal elemento na ordem jurídica.

Dentro dos estudos realizados sobre o neoconstitucionalismo, há de se destacar a classificação realizada por Comanducci (2009, p 73-97) sobre os tipos de neoconstitucionalismo existentes. Partindo das concepções de Norberto Bobbio sobre os tipos de positivismo, Comanducci classifica o neoconstitucionalismo em teórico, ideológico e metodológico.

No livro *Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, Norberto Bobbio estabelece sua concepção acerca dos tipos de positivismo existentes. Nas palavras do filósofo italiano: “Podemos, portanto, distinguir três aspectos do positivismo jurídico, conforme se configura: a) a como *método* para o estudo do direito; b) como *teoria* do direito; c) como *ideologia* do direito” (1995, p. 234). Não se adentrará nos detalhes dessa classificação por fugir ao objeto do presente artigo. Remete-se o leitor a esta obra do mestre italiano.

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

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

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

Diante das considerações até aqui formuladas, é possível afirmar que neoconstitucionalismo surge como forma de explicar o direito posto dentro do novo paradigma: o Estado democrático. Como demonstrado, há diversas teorias acerca desse modo de pensar o direito; apesar das peculiaridades de cada teoria, pode-se identificar alguns pontos comuns, como: reconhecimento da materialidade e reforço da ideia de supremacia da Constituição; necessidade de positivação, implementação e garantia de direitos fundamentais; existência de princípios e regras na ordem jurídica e na Constituição; e importância da interpretação da Constituição.

O neoconstitucionalismo é a ruptura com o constitucionalismo liberal de previsão meramente formal de direitos. É tentativa de garantia material de direitos fundamentais para todos.

Após a identificação dos elementos e características do neoconstitucionalismo, passaremos à análise do novo constitucionalismo latino-americano, identificando seus principais aspectos.

3 Novo constitucionalismo latino-americano: características e peculiaridades

Alguns países da América do Sul vêm passando por um profundo processo de alteração de suas constituições. O novo modelo é fruto de reivindicações sociais de parcelas historicamente excluídas do processo decisório nesses países, notadamente a população indígena.

Esse movimento - que culminou na promulgação das constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) - tem sido chamado por alguns estudiosos de “novo constitucionalismo latino-americano”.

Rubens Dalmau (2008, p. 20) destaca a dificuldade de explicar as razões pelas quais esse movimento tenha ocorrido na América Latina, principalmente pelo fato de que as experiências constituintes realizadas por esse movimento são poucas, ainda que significativas. Contudo, tal fato não impede a análise das principais características do novo constitucionalismo.

Inicialmente, cumpre destacar que, no novo constitucionalismo, o poder constituinte originário volta a ser exercitado como nos primórdios, com a efetiva manifestação da vontade do povo, compreendido em toda a sua pluralidade de composição - e não como exercido nas últimas transições políticas na América Latina, em que a participação popular era relegada a uma fraca e imprecisa representação.

Dalmau afirma, na linha de teóricos como Hesse, que o novo constitucionalismo latino-americano é uma evolução do “antigo” constitucionalismo latino-americano e que surgiu para atender à necessidade de alteração jurídico-política vivida pela América Latina atualmente. Em suas palavras:

La evolución constitucional responde al problema de la *necesidad*. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. Algunas sociedades latinoamericanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tiempos recientes, han sentido con fuerza esa necesidad que se ha traducido en lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. Independencia que esta vez no alcanza sólo a las élites de cada país, sino que sus sujetos son, principalmente, los pueblos. (DALMAU, 2008. p. 23)

O novo constitucionalismo, que nas palavras de Raquel Yrigoyen (2008) pode ser chamado de “constitucionalismo pluralista”, começou a ser desenvolvido em três ciclos: a) constitucionalismo multicultural (1982-1988), com a introdução do conceito de diversidade cultural e o reconhecimento de direitos indígenas específicos; b) constitucionalismo pluricultural (1988-2005), com a adoção do conceito de “nação multiétnica” e o desenvolvimento do pluralismo jurídico interno, sendo incorporados vários direitos indígenas ao catálogo de direitos fundamentais; c) constitucionalismo plurinacional (2006-2009), no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas - neste ciclo há a demanda pela criação de um Estado plurinacional e de um pluralismo jurídico igualitário.

Cesar Augusto Baldi identifica as principais características do novo constitucionalismo latino-americano:

a) substituição da continuidade constitucional pela ruptura com o sistema anterior, com fortalecimento, no âmbito simbólico, da dimensão política da Constituição;

- b) capacidade inovadora dos textos, buscando a integração nacional e uma nova institucionalidade;
- c) fundamentação baseada em princípios, em detrimento de regras;
- d) extensão do próprio texto constitucional, em decorrência tanto do passado constitucional, quanto da complexidade dos temas, mas veiculada em linguagem acessível;
- e) proibição de que os poderes constituídos disponham da capacidade de reforma constitucional por si mesmos e, pois, um maior grau de rigidez, dependente de novo processo constituinte;
- f) busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, com a democracia participativa como complemento do sistema representativo;
- g) uma extensiva carta de direitos, com incorporação de tratados internacionais e integração de setores marginalizados;
- h) a passagem de um predomínio do controle difuso de constitucionalismo pelo controle concentrado, incluindo-se fórmulas mistas;
- i) um novo modelo de “constituições econômicas”, simultâneo a um forte compromisso de integração latino-americana de cunho não meramente econômico. (BALDI, 2011, p. 10)

Em aula sobre o novo constitucionalismo latino-americano, ministrada em 13/4/2012, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, o professor Fernando Antônio de Carvalho Dantas afirmou que tal movimento propõe uma nova institucionalização do Estado, o chamado Estado plurinacional, baseado em novas autonomias, no pluralismo jurídico, em um novo regime político calcado na democracia intercultural e em novas individualidades particulares e coletivas.

Segundo Dantas (2012), o novo constitucionalismo tem como principais características: substituição da continuidade constitucional pela ruptura; inovação dos textos legais e das constituições; institucionalização baseada em princípios, e não em regras; extensão do texto constitucional baseado em linguagem acessível; proibição de que os poderes constituídos estabeleçam formas de reforma constitucional; maior grau de rigidez no processo constituinte (na Bolívia, a Constituição de 2009 foi promulgada e posteriormente foi submetida a um referendo); reconstrução do sistema de democracia participativa, representativa e comunitária; e integração de povos e recursos naturais, fazendo surgir um novo modelo de constituição econômica.

O novo constitucionalismo latino-americano promove uma ressignificação de conceitos como legitimidade e participação popular - direitos fundamentais da população -, de modo a incorporar as reivindicações das parcelas historicamente excluídas do processo decisório, notadamente a população indígena. A título exemplificativo, veja-se o artigo 8º da Constituição Boliviana de 2009, em que se consagra como princípio ético-moral o “Sumak kamaña” ou o “Sumak kawsay” - “viver bem” em quéchua, língua nativa dos índios. Veja-se o artigo na íntegra:

Art. 8º El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma kamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). (BOLÍVIA, 2009)

Como bem destaca o professor José Luiz Quadros de Magalhães (2008, p. 203), o novo constitucionalismo levou à implantação do Estado plurinacional na Bolívia e Equador.

Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 17-18) ensina que o conceito de plurinacionalidade, do qual derivam a interculturalidade e pós-colonialidade, está presente em vários países, como Canadá, Suíça e Bélgica. O autor português destaca a existência de dois conceitos de nação: o primeiro, liberal, em que há identificação entre nação e Estado, unificando-se os conceitos - uma nação, um Estado; o segundo conceito, desenvolvido pelos índios, está ligado à autodeterminação.

SANTOS (2007, p. 18) afirma que o conceito de plurinacionalidade obriga a re-fundação do Estado moderno, pois o Estado plurinacional deve congrega diferentes conceitos de nação dentro do mesmo Estado.

O Estado plurinacional condensa as principais propostas do novo constitucionalismo, sendo uma resposta à ideia uniformizadora instituída pelo Estado nacional, em que o Estado e a Constituição são a representação de uma única nação, um único direito, sem diversidade de interesses, cultura e sem levar em conta a pluralidade existente na composição do povo.

A título exemplificativo, veja-se a Constituição da Bolívia (2009), em que há tratamento do direito indígena em 80 dos 411 artigos. Ressalte-se os seguintes direitos: cotas para parlamentares que sejam oriundos dos povos indígenas; garantia de propriedade exclusiva da terra, recursos hídricos e florestais pelas comunidades indígenas; equivalência entre a justiça indígena e a justiça comum. Todas essas alterações positivavam os valores propostos pelo novo constitucionalismo: pluralidade, inclusão, participação efetiva e maior legitimidade da Constituição e da ordem jurídica.

É oportuna a lição do professor José Luiz Quadros de Magalhães (2008, p. 208), a qual afirma:

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

O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes. (MAGALHÃES, 2008, p. 208)

O paradigma para a implantação do Estado plurinacional é justamente o novo constitucionalismo latino-americano surgido nos países historicamente dominados, sem tradição constitucional e com uma grande parte da população sem direito a representantes efetivos. O novo constitucionalismo latino-americano é uma resposta plural, uma tentativa de efetivar respeito e garantia de pluralidade, participação popular e democracia nos países que o vêm adotando.

Conclusão

O constitucionalismo moderno elevou a Constituição à condição de elemento fundante e principal das ordens jurídicas ocidentais. Inicialmente, em sua feição liberal, o constitucionalismo objetivava apenas a proteção do indivíduo, dos direitos e garantias liberais: vida, liberdade, propriedade.

O alijamento da maioria da sociedade da garantia e exercício efetivo de direitos, aliado à utilização do direito em sua feição formal, ocasionou a mudança de paradigma: o ideal democrático teve de associar-se ao constitucionalismo.

Entretanto, a existência de normas constitucionais prevendo direitos sociais e estabelecendo limites à atuação do poder estatal não impediu a violação bárbara a direitos fundamentais e a ocorrência de duas guerras mundiais no século passado.

Como resposta aos horrores vividos principalmente na 2ª Guerra Mundial, propôs-se a introdução de conteúdos valorativos nos textos constitucionais. Teve início o neoconstitucionalismo, com o objetivo de impregnar a ordem jurídica de conteúdos axiológicos, princípios e ideais de justiça.

Em que pesem os avanços promovidos pelo neoconstitucionalismo - com a promoção dos conteúdos axiológicos nas ordens jurídicas ocidentais -, em alguns países da América Latina de população majoritariamente indígena iniciaram-se movimentos populares clamando pela maior participação e pelo reconhecimento de direitos há muito existentes.

Surgiu o novo constitucionalismo latino-americano como movimento social, jurídico e político voltado à ressignificação do exercício do poder constituinte, da legitimidade, da participação popular e do próprio conceito de Estado. O Estado do novo constitucionalismo latino-americano é o Estado plurinacional, que reconhece a pluralidade social e jurídica, respeitando e assegurando os direitos de todas as camadas sociais.

Não se está afirmando que o neoconstitucionalismo acabou ou foi superado. O que está acontecendo em alguns países latino-americanos, onde se originou o novo constitucionalismo, é a criação/reconhecimento pela ordem jurídica de direitos existentes no seio social, de formas mais efetivas de participação popular e da construção de um Estado que reconheça a pluralidade e peculiaridade de seu povo.

O novo constitucionalismo latino-americano propõe uma nova independência e a criação de um Estado (plurinacional) plural, participativo e efetivamente democrático.

NEOCONSTITUCIONALISM AND LATIN AMERICAN NEW CONSTITUTIONALISM: FEATURES AND DISTINCTIONS

ABSTRACT: The Constitution is the key element of the West's legal systems. The Constitutions drawn up after the Second World War are imbued with axiological content in order to ensure such fundamental rights as human dignity. The neoconstitutionalism emerges as a new paradigm of a democratic state. In Latin America, because of social movements that occurred in the early 1980's, there is a movement called "new Latin American constitutionalism" which proposes the foundation of a new state, the Plurinational State where concepts such as legitimacy, popular participation and pluralism assume a new meaning to allow inclusion of all social classes in the state.

KEYWORDS: Constitution. Democratic state. Neoconstitucionalism. New constitucionalism. Plurinational state.

Referências

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (REFE)*, n. 17. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jan.-mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado (2009). Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>>. Acesso em: 1º jun. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 15, jan.-mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em 16 maio 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (REFE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar.-maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 18 maio 2012.

BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano. *Estado de Direito*, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011. Disponível em <<http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano>>. Acesso em: 25 maio 2012.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Constitucionalismo multicultural e povos indígenas: Outra cidadania é possível? *XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, 2009, São Paulo. Anais... São Paulo, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2009. p. 10.972-10.988.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito. Compiladas por N. Morra. Tradução de M. Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

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

DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador. *Alter Justicia*, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 17-27. Disponível em: <<http://sites.google.com/site/martinezdalmau2/AlterJustitia1.doc>>. Acesso em: 16 maio 2012.

_____. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo en América Latina. *Tempo Exterior*, n. 17, jul.-dic. 2008, p. 5-15. Disponível em: <http://www.igadi.org/te/pdf/te_se17/te29_17_005_ruben_martinez_dalmau.pdf>. Acesso em: 21 maio 2012.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Aula ministrada em 13 abr. 2012 na disciplina *Teoria Geral do Direito Público*, a convite da Professora Marinella Machado de Araújo. Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.

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

MAIA, Mário Sérgio Falcão. A recepção da teoria neoconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 151-163, out. 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33287-42426-1-PB.pdf>>. Acesso em 21 maio 2012. Publicado na revista eletrônica do portal "E-governo, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento" dos programas de Direito e Engenharia de Gestão do Conhecimento da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 3 mar. 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo Constitucionalismo indo-afro-latino-americano. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 13, n. 26. Belo Horizonte, jul.-dez. 2010. p. 83-98.

_____. O Estado plurinacional. 2011. Disponível em: <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/04/302-artigos-o-estado-plurinacional-na.html>>. Acesso em: 11 maio 2012.

_____. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 53. Belo Horizonte: jul./dez. 2008. p. 201-216.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva. Uma introdução ao neoconstitucionalismo como compreensão ao novo constitucionalismo na América Latina. *Caderno de Estudos Ciência e Empresa*, ano 8, n. 2. Teresina: nov. 2011, p.1-10. Disponível em < <http://www.faete.edu.br/caderno/index.php?id=16>>. Acesso em: 18 maio 2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

RIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *Revista El Otro Derecho*, n. 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004. p. 171-196. Disponível em: <<http://www.ilsa.org.co/publicaciones/otroderecho.htm>>. Acesso em: 18 maio 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *La reinvencción del Estado y el Estado plurinacional*. Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA/CEJIS/CEBID, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e "o Problema da Discricionariedade dos Juizes". *Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET*, ano I, n. 1. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.opet.com.br/revista/direito/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. Acesso em: 14 maio 2012.