



NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: DINAMISMO E AUTO-CONSTRUÇÃO PARA ALÉM DO NEOCONSTITUCIONALISMO

FEITOSA, Heloisa de Carvalho
*Mestranda do Programa de Pós-Graduação em
Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.
Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela
Escola Superior de Advocacia de Pernambuco.*

MENDES, Eric
*Mestrando do Programa de Pós-Graduação em
Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense.*

208

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo justaposto dos fenômenos constitucionais do neoconstitucionalismo e do novo constitucionalismo latino-americano. Buscamos analisar cada uma dessas vertentes e suas principais características a fim de estabelecer os traços que distinguem essas teorias do Direito e do Estado. Para tanto faremos uma breve exposição sobre o neoconstitucionalismo e sobre o novo constitucionalismo latino-americano, seguida da análise de institutos da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, destacando os aspectos históricos e conjunturais que originaram a formação de um novo desenho institucional. O estudo da constituição boliviana será feito com vistas a relacionar problemas vividos pelo povo com as respostas dadas pelo poder constituinte, ilustrando de forma concreta a diferença entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo latino-americano. Por fim, faremos um confronto entre os dados obtidos na pesquisa encaixando a Constituição brasileira de 1988 em uma das vertentes teóricas.

Palavras-chave: neoconstitucionalismo; novo constitucionalismo latino-americano; Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia.

ABSTRACT

This article aims for the joint study of the phenomena of constitutional neoconstitutionalism and the new Latin American constitutionalism. We analyze each of these aspects and their main features in order to establish the distinguishing traits of these theories. For this we will make a brief presentation on the neoconstitutionalism and on the new Latin American constitutionalism, followed by the analysis of institutes of the Constitution of the Plurinational State of Bolivia, highlighting the historical and economic factors that led to the formation of a new institutional design. The study of the Bolivian constitution will be made with a view to relate problems faced by the people with the answers given by the constituent power, illustrating concretely the difference between neoconstitutionalism and the new Latin American constitutionalism. Finally, we make a comparison between the data obtained in the study by fitting the Brazilian Constitution of 1988 in one of the theoretical aspects

Key-words: neoconstitutionalism; new latin american constitutionalism; Constitution of Plurinational State of Bolivia.



1- Introdução

O mundo contemporâneo é marcado por grandes transformações que levaram as sociedades a se questionarem acerca de todos os âmbitos componentes da vida social. Assim como a diversificação e dicotomias sentida nas artes, filosofia, economia e ideologias, entre outros campos da vida social, o Direito também se reforça como cenário de intensos questionamentos atuais. Diversas teorias, escolas e correntes são produzidas, recuperadas ou rechaçadas nas ciências jurídicas a fim de captar e responder juridicamente a autêntica crise instalada no ramo científico em questão.

Especificadamente, o Direito sente uma necessidade inerente de responder as ansiedades sociais que, até então, permanecem frustradas. Em meio ao aprofundamento das violações à humanidade – que fazem com que o ser humano seja tratado como mero objeto dentro de uma perspectiva liberal ou militar dos poderosos – a falência da representatividade democrática também leva a questionamentos acerca da finalidade das ciências jurídicas. Deve o direito representar a proteção de um *status quo*, impedindo que as sociedades alcancem novos patamares ou deverá assumir um protagonismo nas mudanças, comportando-se como veículo motriz para transformações?

Neste diapasão, podemos ver na América Latina, região marcada por densas desigualdades sociais, intensos desrespeitos aos direitos humanos e fragilidades de representação democrática, a manifestação de duas grandes teorias do Direito, forjadas a partir da necessidade de satisfação dos anseios por transformações. De um lado, sob forte influência das tradições europeias e norte-americana, encontramos o neoconstitucionalismo, que busca, a partir da superação do positivismo clássico, referendar um novo sistema jurídico protetivo, cujo cerne se encontra na nova ótica normativa ensejada pela Constituição e sua preponderância. Por outro, buscando maior representatividade de sociedades marcadas pela desigualdade e assim superar o domínio histórico de elites abastadas, vemos o novo constitucionalismo latino-americano, que por via de percepções sociais e do respeito à diversidade, procura estabelecer novos caminhos jurídicos e políticos não alcançados materialmente pelo neoconstitucionalismo.

É justamente este debate entre propostas jurídicas tão divergentes que pretendemos realizar. Primeiramente, verificaremos os principais delineamentos de cada teoria, compondo suas proposições, de acordo com seus juristas mais eminentes, para



então estabelecermos o contraste, reforçando diferenças e limites. Em momento posterior, analisaremos alguns institutos inovadores da Constituição Boliviana de 2009, com a finalidade de exemplificar a diferença entre as constituições do Neoconstitucionalismo e as constituições do Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Nosso intuito é possibilitar novas reflexões acerca da Teoria do Direito contemporânea, demonstrando que o experimentalismo e abertura à originalidade institucional também podem ser enriquecedores para a ciência jurídica e, meio hábil à capacitação para o pensamento e elaboração de um novo patamar normativo, frente à crise jurídica instaurada.

2- O neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito

2.1- A superação do positivismo e a viragem jurídica

O fim da segunda guerra mundial, em meados da década de quarenta do século passado, representou uma viragem jurídica no cenário europeu. Os traumas trazidos pelas experiências fascistas levaram os países a se questionar quais os limites da democracia e dos poderes representativos, uma vez que em nome das “maiorias ocasionais” e com a benção destas as minorias foram violadas em seus direitos mais elementares, como a vida. Era necessária uma nova estratégia jurídica para proteger o ser humano e assim garantir a integridade de sua dignidade, sob todas as perspectivas e quaisquer ameaças.

Neste contexto, a constituição ganhou uma nova receptividade, sendo o grande instrumento de proteção das minorias e dos direitos humanos. Não mais tratada como documento meramente político, no qual sua importância era apenas programática e não vinculativa, a Constituição ganhou o reconhecimento de principal elemento jurídico dos ordenamentos políticos, gerando plena subordinação a seus preceitos e uma nova era de “reconstitucionalização”. Foi a tentativa de apaziguar os possíveis conflitos entre democracia e constitucionalismo, que tanto afetou o continente europeu e fez repensar a necessidade de construção não de meros Estados democráticos, mas sim Estados democráticos de Direito.



A principal referência desta nova fase constitucional foi dada pela Lei Fundamental de Bonn em 1949 e a sucessiva criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951, na Alemanha Ocidental. Esse foi o estopim para o desenvolvimento de uma jurisprudência riquíssima de redimensionamento da superioridade da Constituição e seu advindo resguardo pelo Poder judiciário. Além, é claro, de ter sido o próprio fecundo teórico da disciplina de direito constitucional nos países de tradição romano-germânico.

Guastini adverte que o processo de constitucionalização para a conformação de uma constituição intensamente valorativa, preconizada pela defesa dos direitos fundamentais e por isso fundamentalmente invasora de todo o ordenamento jurídico e político de um país enseja a observação de certos parâmetros. Sete seriam as condições imprescindíveis para a observação do grau de constitucionalização de uma dada realidade e seu compromisso satisfatório com a concordância e impregnação do sistema jurídico com os preceitos normativos constitucionais.

Os primeiros preceitos são a existência de uma constituição escrita e rígida, com poder vinculativo de seu conteúdo. Esta é a formulação básica do direito constitucional contemporâneo, uma vez que uma constituição sintetizada em um único documento com meios de alteração de sua normatividade mais dificultosos que os previstos para o direito ordinário e dotada de normatividade plena (e não mais como mera carta política como outrora) favorece a estabilidade. A constituição é potencializada como regra jurídica máxima de um Estado, sendo o principal elo conformador de sua qualificação como democrático de direito, portanto onipresente e com força irradiante de máximo efeito jurídico sobre todo o sistema.

Complementando tais previsões, se observa a necessidade de garantia jurisdicional da Constituição. Isto denota a realização de um controle de constitucionalidade que sempre assegure que toda produção normativa esteja em acordo com os preceitos constitucionais. Pela via reflexa, representa a proteção da hegemonia dos direitos fundamentais em qualquer perspectiva jurídica do Estado, sendo pra tanto, exigido que as normas constitucionais sejam interpretadas sempre da forma mais extensível possível ao ponto de se identificar normas implícitas que também são vinculativas. Um verdadeiro arsenal protetivo do homem, estabelecendo a prevalência da constituição em relações públicas e privadas, além do controle da discricionariedade na produção legislativa e de maus intentos na condução política dos poderes subordinados.



Em seu aspecto filosófico, o neoconstitucionalismo pode ser definido, como bem aponta Luís Roberto Barroso, um dos principais acadêmicos defensores deste projeto no Brasil, por via do que se convencionou como pós-positivismo. Novos paradigmas são expostos, em que se buscou concordar correntes de pensamentos opostas, que até então se encontravam irreconciliáveis. Reconheceu-se as limitações práticas e teóricas do positivismo, predominante até meados do século passado, que procurou trazer a neutralidade objetiva para a ciência do Direito, afastando todas as influências que não resultariam na cientificidade almejada, pois consideradas metafísicas e anti-científicas.

O Positivismo jurídico capitaneado por Hans Kelsen, filósofo do círculo neopositivista de Viena ou do positivismo lógico, procurou construir bases científicas para o Direito. Em seu pensamento, era necessário afastar todas as considerações valorativas do conteúdo das normas, revelando uma neutralidade que referido autor via como essencial para a reflexão sobre elas, objeto precípua das ciências jurídicas. Em resumo, o Direito nada mais seria que o conhecimento dos sistemas normativos, restando excluídas todas as influências indiretas que não prejudicam a validade da norma, como discussões da eticidade, sua realização concreta (fática), seus dados histórico-culturais ou mesmo seus objetivos. Não se nega a importância destes fatores basilares do positivismo, no entanto, para a revelação da ciência jurídica tais preceitos devem ser desconsiderados. Tratando-se da teorização de uma pureza metodológica fundamental, tais apontamentos revelam-se mais propícios para outras áreas do conhecimento, como a sociologia, a ciência política ou mesmo a história.

Esse é o cerne para a “Teoria Pura do Direito”, que diferencia o ser, o mundo por qual tudo se realiza e o dever-ser, preceitos descritos da norma que revela intenções que, caso não sejam seguidas, expõem a possibilidade da coercitividade também preceituada na norma. O que centraliza o operador do Direito não é a eficácia da norma, mas sim sua validade perante a hierarquização preceituada (que tem a norma fundamental como estrutura jurídica máxima e subordinante de todo o ordenamento) e o delineamento válido ou inválido de uma norma, desde que de acordo com o procedimento formal também normativamente instituído. Afasta-se de preposições ideológicas ou reflexivas quanto à produção e eficácia da norma, sendo sua validade o único conteúdo capacitado de verificação pelo jurista. Assim relata o destacado filósofo:



(...) o fundamento de validade de uma ordem normativa é (...) uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem (KELSEN, 2009, p.33).

Claramente a perspectiva de Kelsen quanto ao direito não era a única visível dentro da corrente identificada como juspositivismo. Outras abordagens foram concretizadas, cujos autores, assim como Kelsen, foram reverenciados pelo Direito. Dentre estas, podemos citar o Positivismo de Norberto Bobbio, eminente jurista italiano.

Para Bobbio, a apresentação do positivismo pode se dar por três acepções distintas: como método, teoria ou ideologia. Seus três significados resultam compreensões distintas entre si, que não obrigatoriamente estão correlacionadas. Quer dizer, é possível a adoção do método positivista, sem a imprescindibilidade de recepção da ideologia e\ou teoria positivista.

O método positivista implica na premissa da consideração do direito como ciência, que resulta na definição do direito como fato e não como valor. Neste ponto, como já anteriormente abordado, o Direito busca sua estabilidade, já que o que está em discussão em seu cerne não é o conteúdo da norma, ou seja, o juízo moral de seus ditames, mas sim o meio pelo qual se faz observável – que é sua validade e coercitividade inerente. Logo, há uma explícita e desejável separação entre o Direito e a moral, não se exigindo a justiça da norma ou qualquer outro questionamento axiológico para comprovar sua legitimidade.

Como teoria, Bobbio aponta sete preceitos fundamentais para a configuração do positivismo. Combinados, as características fundamentais do positivismo jurídico podem ser resumidas, para o jurista, nas seguintes diretrizes:

1.1) O direito deve ser visto como um fato e não como um valor. O que preceitua a consideração do direito como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais estáveis que em tudo se assemelha ao mundo natural; objeto científico das ciências físicas e da natureza. O termo “direito”, assim, não expressa qualquer opinião, mas se detém por ser absolutamente avalorativo, não importando ser bom ou mau; representativo de valor ou um mero desvalor. A validade do direito se estabelece por critérios, unicamente, correlacionados a sua estrutura formal.



1.2) Quanto à definição do direito, o juspositivismo a entoa por via de seu elemento coativo, no qual as normas deverão ser observadas, sob pena da utilização força. Todo este aparato intimidativo da norma forma a base do que se convencionou como “teoria da coercitividade do direito”.

1.3) Em referência às fontes do direito, a lei se comporta como fonte primeira. Importante ressaltar que tal teoria coloca as demais fontes em nível hierárquico subordinadas à lei, mas não faz com que estas desapareçam completamente. Exemplo desta continuidade pode ser representado pelas relações entre a lei e o costume que se mantém (excetuando o costume que é contra a lei ou ab-rogativo, porém se admitindo aquele segundo a lei ou complementar à mesma).

1.4) Em referência à norma, o positivismo jurídico considera a mesma um comando, que deve ser obedecido pelos destinatários. Esta qualificação se correlaciona com a coercitividade, uma vez que a imperatividade da norma se realiza, justamente, pela existência da coerção em caso de descumprimento ou inobservância.

1.5) O ordenamento jurídico é visto como um sistema coerente e em plena completude. Pela característica da coerência se nega a possibilidade de duas normas regerem o mesmo fato, gerando inconsistência na aplicação da lei. Isto porque, sempre uma ou ambas as normas serão inválidas, sendo um princípio inerente de todo ordenamento jurídico. Já a ideia de completude estabelece que o juiz sempre extrairá normas para decisão de qualquer caso apresentado, seja pelas normas explicitamente legisladas ou implicitamente reconhecidas como parte coerente do sistema. Com isso, nega-se a possibilidade de lacunas do direito e a necessidade da capacidade interpretativa no silêncio da lei, já que não há silêncios.

1.6) Quanto ao método da ciência jurídica, o positivismo jurídico esclarece a importância da interpretação mecanicista do Direito. Esta defesa se dá pela consideração de que a separação dos poderes impede a função criativa do Judiciário, que tem a obrigação institucional de decidir de acordo com os ditames e nos limites da norma. Isto



é, cabe ao juiz apenas realização a declaração do comando normativo no caso concreto e estabelecer, enfim, a mera subsunção.

Por fim, temos o positivismo como ideologia. Bobbio afirma que o positivismo não é apenas uma forma de se entender o direito, mas também de desejar que assim ele seja. Isso reflete o reconhecimento do juspositivismo não como uma doutrina neutra, mas uma autêntica defesa de uma maneira de recepcionar o direito. Contrapõe-se exatamente com outras propostas, como o realismo jurídico (jurisprudência sociológica), que acusa o positivismo de se desvincular da realidade social na qual o direito é posto; o neojusnaturalismo, pelo qual prevê o quão nefastas são as imposições juspositivistas, assim como o neoconstitucionalismo.

Para o neoconstitucionalismo, toda a referência exclusivamente positivista dos principais países precisa ser superada. Era preciso retomar discussões filosóficas, reflexões acerca da legitimidade e justiça da lei como variantes científicas imprescindíveis para a concretude do direito, como assim era no jusnaturalismo, predominante até o século XIX. O reencontro definitivo do direito com a ética e os valores, que, emblematicamente ficaram afastados pela predominância do positivismo e, como recorrentemente acusado, principal colaborador teórico das atrocidades do fascismo e nazismo que agiram sobre a proteção da legalidade.

O pós-positivismo não enseja um retorno ao jusnaturalismo, historicamente ultrapassado, nem a superação exata do positivismo. Na verdade, procura avançar nas concepções deste, trazendo elementos importantes daquele, dando maior densidade ao Direito além da legalidade estrita, ao procurar uma leitura moral, porém sem entrar em discussões metafísicas. É a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da sua razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional (BARROSO, 2007, p.5).

O neoconstitucionalismo reivindica o Estado de Direito em seu significado último. Pretende converter o Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito (afastando os esquemas do positivismo teórico). Possui como traço marcante a existência de constituições “invasivas”, com uma ampla gama de direitos positivados, onipresença de princípios e regras, sendo ambos dotados de normatividade.



O novo constitucionalismo, tratado a seguir não representa corrente oposta ou alijada do neoconstitucionalismo, não sendo equivocado dizer que está nele contido. Porém, representa um passo adiante, no sentido de prezar pela busca de concretização dos direitos elevados ao status constitucional e pela manutenção da legitimidade do texto constitucional (anseio de que o texto traduza a vontade real do povo, titular do poder constituinte). Ademais, preocupa-se mais com a questão do pluralismo e elaboração de modelos institucionais mais adequados à realidade latina, abrindo-se ao experimentalismo e originalidade no que toca as instituições. Trataremos com mais vagar dessa vertente do constitucionalismo a seguir.

3- Constitucionalismo latino-americano: um resgate da identidade

Após longos anos de tentativas de dar seguimento aos modelos de Estado Democrático e Social de Direito difundidos na Europa (desencadeadas no contexto de pós - ditaduras militares), inicia-se um movimento pela busca de respostas constitucionais condizentes com a realidade latino-americana. Observa-se que o fracasso dos modelos importados se deu justamente pela sua inaplicabilidade ao contexto do Sul, uma vez que os processos constitucionais conservadores foram presididos pelas elites, e desprovidos de medidas de redistribuição da riqueza, em desconsonância com a proposta constitucional forânea incorporada.

Em inovador afastamento do padrão constitucional vigente na América Latina até então – caracterizado por Clóvis Beviláqua (1897, p. 33-34) como preponderantemente “imitador”, em confronto com o perfil de países do Norte, citados pelo autor como “criadores” – começa com a Constituição Colombiana de 1991 (PASTOR, 2011) um processo de construção constitucional autônomo e inventivo, imbuído de propósito descolonizador e com objetivos de promoção da “refundação” do pensamento constitucional. Esse processo rendeu como frutos as assembléias constituintes da Venezuela (1999), da Bolívia (2006-2008) e do Equador (2008).

A esse novo constitucionalismo, marcado pela ruptura com o que estava posto, denominou-se Novo Constitucionalismo Latino-americano ou Constitucionalismo Andino. Desde a nomenclatura torna-se evidente que não se confunde com o neoconstitucionalismo, caracterizado e esmiuçado no capítulo anterior. Entretanto, faz-se



necessária a apresentação de características e elementos do constitucionalismo andino, a fim de particularizá-lo.

3.1 – Características do novo constitucionalismo latino-americano

Trata-se de vertente de pensamento e prática constitucional diferenciada, desenvolvida mais intensamente a partir de 2006. Os processos constitucionais citados como fruto do constitucionalismo andino possuem como denominador comum o nascimento de baixo para cima, forjado e empurrado pela pressão das classes médias e baixas.

É fenômeno deflagrado pela vontade, ou melhor, pela necessidade inadiável de criar algo novo, que propicie a simbiose entre democracia e constitucionalismo e se preste a cumprir as promessas da Carta Constitucional. Traduz a mais recente manifestação da busca de um modelo democrático de constituição inclinado a ser real, que se aproxime o quanto possível da constituição ideal (BOBBIO, 1986), e a convicção de que as constituições importadas não são adequadas para o contexto vigente.

Um fator empírico que contribuiu para seu nascimento foi a existência de uma classe média forte, capaz de promover crítica à situação de dissociação entre o texto constitucional e a sua efetividade, e pensar modelos diferentes que possuam o potencial de sanar essa ineficácia constatada.

Entre as características formais do novo constitucionalismo latino-americano estão: a legitimidade (verificada pelos procedimentos democráticos de construção dos textos constitucionais); a necessidade (deflagração de esforços suplementares pela busca de elementos úteis para a mudança estabelecida como objetivo do processo constituinte); a substituição da continuidade constitucional (as constituições do novo constitucionalismo latino-americano representam um rompimento com uma ordem posta, ruptura com o sistema constitucional anterior); a originalidade (trazem conteúdo inovador); a amplitude (as constituições possuem textos mais extensos e articulados); a complexidade (revelada pela capacidade de conjugar elementos tecnicamente complexos com uma linguagem acessível); e a rigidez (aposta na ativação do poder constituinte do povo em face de qualquer alteração do texto constitucional).



Assim, as constituições do constitucionalismo andino se afastaram dos modelos prévios, baseados em enxertos e transplantes, e se apoiaram em atividade criativa sem medo de se entregar ao experimentalismo e à originalidade. Dessa forma, as novas constituições são essencialmente articuladas por princípios implícitos e explícitos que abundam em seus textos, em detrimento de regras que ocupam lugar limitado.

Seus textos são prolixos e extensos (pormenorizados), devido à necessidade do poder constituinte de expressar claramente sua vontade, o que tecnicamente pode desembocar em uma maior quantidade de disposições, cuja existência busca limitar as possibilidades dos poderes constituídos (em particular do poder legislativo).

No que tange a complexidade de suas previsões, nota-se que esse caráter se limita às inovações institucionais que traçam. São marcadas, ao revés, pela simplicidade da linguagem, motivada pela vontade de transcender o constitucionalismo das elites, criando um constitucionalismo popular, acessível ao entendimento de todos. Propõem, portanto, a utilização de linguagem de fácil compreensão, resultando em textos tecnicamente complexos e semanticamente simples.

Haja vista que um dos seus objetivos é a garantia de que os processos de reforma constitucional serão legítimos e para tanto intimamente ligados à soberania e feitos pelo povo, seu titular, há a proibição de que qualquer dos poderes constituídos disponha da capacidade de reforma constitucional. Trata-se de forma que visa preservar a conexão entre o conceito de constituição e o exercício do poder constituinte. Um dos intuitos do novo constitucionalismo latino-americano é a recuperação da participação popular de forma ampla, aproximando o povo da política e das decisões fundamentais do Estado, em teoria, alargando a representatividade e a legitimidade do governo.

Dessa forma, segundo Roberto Viciano Pastor¹ atribui-se ao constitucionalismo andino os seguintes objetivos: a substituição da democracia representativa pela democracia participativa; a garantia efetiva dos direitos e do cumprimento da Constituição (a partir da possibilidade de impugnação de inconstitucionalidade por iniciativa dos cidadãos); a ampliação dos direitos (individuais, políticos, econômicos e sociais); o pluralismo jurídico; a preocupação ambiental tendo a natureza como detentora de direitos; a promoção da sustentabilidade ecológica; e o controle da economia e dos

¹ Objetivos apontados em palestra ministrada em julho de 2013 na Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá no Rio de Janeiro.



seus atores pela Constituição e pelo Estado (normas de intervenção no domínio econômico).

Assim, vimos que o novo constitucionalismo latino-americano é um fenômeno surgido fora do âmbito acadêmico, produto de reivindicações populares e dos movimentos sociais com pensamento teórico desenvolvido. Dessa forma, carece de articulação como sistema fechado de análise e proposição de um modelo constitucional. Apesar de apresentar traços comuns em todos os países em que se manifestou, o que permite afirmar que se trata de corrente teórica em construção, não defende a existência de soluções extrapoláveis a qualquer país latino-americano. Trata-se da conversão em prática da teoria produzida pelo novo constitucionalismo, através dos processos constituintes vividos por alguns países da América Latina.

As condições sociais na América Latina demandam um constitucionalismo comprometido, que possa romper com o que se considera posto e imutável, e que possa avançar pelo caminho da justiça social, da igualdade e do bem-estar dos cidadãos. Os processos constituintes do novo constitucionalismo latino-americano surgiram como resultado direto dos conflitos gerados pela aplicação de políticas neoliberais (em especial na década de 80). A inscrição das necessidades dos movimentos sociais e populares que se insurgiram contra essas políticas se deu através de mudanças constitucionais e se traduz no ápice de um caminho progressivo de lutas que confluíram no novo constitucionalismo latino-americano.

4- A Constituição da Bolívia de 2009:

A fim de tornar evidentes as distinções entre os tipos de constitucionalismo em questão, propõe-se o estudo de alguns institutos da constituição da Bolívia, aprovada em 2009 e exemplo mais robusto de transformação institucional experimentado nos últimos tempos nos países do novo constitucionalismo latino-americano. Representa avanço rumo ao Estado Plurinacional, trazendo a simbiose entre os valores liberais e os indígenas.

Aprovada em um referendo ocorrido em janeiro de 2009, por um quórum de 61% dos votos, a constituição boliviana representa o fruto de longas lutas de movimentos sociais e de uma conjuntura de grave crise do Estado, e marcada pelo seu afastamento da sociedade (muitos autores utilizam a expressão “divórcio” entre sociedade e Estado, para



explicitar a situação de ingovernabilidade e ilegitimidade vivenciada). É considerada instrumento fundamental para a necessária refundação da Bolívia e inclusão da população indígena que representa cerca de 70% do total de habitantes. Para entendermos melhor os dispositivos inovadores que a Carta Magna em questão traz, necessário fazer uma breve digressão histórica da situação de crise citada.

Desde a sua independência em 1825, promovida pela ação de elites criollas, a Bolívia se desenvolveu como Estado oligárquico e excludente, centrado nas elites e nos seus interesses imediatos, demonstrando incapacidade e ausência de vontade de promover uma integração de toda a população (importante frisar que os indígenas sofriam com a imposição de uma cultura hegemônica ocidental, que era ratificada e protegida constitucionalmente, estando desprovidos do direito de manifestar suas crenças e particularidades culturais, bem como alijados de participar ativamente da vida política do país) e o empreendimento de atividades que viessem a beneficiar a todos em longo prazo.

Em 1952 acontece uma revolução nacional, repleta de expectativas em relação a possibilidade de homogeneização cultural e reforma institucional. E de fato originou algumas importantes reformas, como a garantia de alguns direitos sociais, antes não reconhecidos, tais como a implantação de educação pública obrigatória e a instituição do sufrágio universal, entretanto não prosperou a contento por contradições entre seus condutores. O fracasso dessa revolução se deu em grande parte pela adoção dos programas desenvolvimentistas neoliberais, que resultou em drásticas conseqüências sociais.

Em que pese ter havido um crescimento macroeconômico e a redução da inflação a partir da implementação das diretrizes neoliberais, a desregulamentação da economia nacional motivou a alienação de empresas estratégicas e dos principais recursos naturais, aprofundando o subdesenvolvimento e a situação de dependência do país. Ademais, a flexibilização do regramento das relações de trabalho agravou a exploração das camadas mais pobres da população. Arelado a esse quadro, entre as reformas, a descentralização do poder a partir de dotação de certo grau de autonomia regional foi campo fértil para o fortalecimento de movimentos sociais locais que passaram a contestar as regras postas.

La reivindicación de la convocatoria a una Asamblea Constituyente, levantada por primera vez por los pueblos indígenas amazónicos en la década de los noventa, se convirtió en la herramienta finalmente usada para emprender una transformación estructural del Estado. Cuando en diciembre de 2005 Evo



Morales y Movimiento Al Socialismo (MAS) vencieron em las elecciones presidenciales por um histórico 54% de la votación popular, habían asumido como programa político las reivindicaciones principales de los movimientos sociales y las organizaciones sindicales-indígenas. Entre ellas, además de la nacionalización y recuperación de los hidrocarburos – que actualmente representan un 50% de las exportaciones de Bolivia – o la reforma agrária em el oriente del país, figuraba la convocatoria a uma Asamblea Constituyente que “refundara Bolivia”. (GALVAN, p. 119).

Assim, em 2006, mais precisamente no dia seis de agosto, começou a funcionar a Assembleia Constituinte que deu origem à Constituição de 2009. O processo constituinte que se seguiu foi bastante conflituoso, dada a resistência das elites que se mantiveram na oposição e tentando desarticular as inovações, porém amplamente democrático e popular. E o caráter democrático não se deve somente ao fato de os componentes da Assembleia terem sido escolhidos por sufrágio universal, mas também pela ampla participação e colaboração de diferentes comissões na elaboração do texto, comissões essas que colheram propostas das organizações da sociedade nos diferentes departamentos do país. A forma com que se conduziu a conformação da Constituição boliviana de 2009 a tornou marco da ruptura com o Estado Colonial liberal e refundação de um novo Estado, voltado à resolução do divórcio que o separava da sociedade.

Como o principal intuito das reformas é a resolução das fraturas que permeavam a história do país, destacaremos os dispositivos que demonstram o rompimento com a lógica de colonialidade do poder, fenômeno pelo qual a posição de dependência dos países periféricos não aboliu os elos de racialização do poder, com o afastamento dos povos nativos do governo.

Sendo assim, para sanar essa primeira e principal fratura de desarticulação entre os povos indígenas e o Estado a Constituição de 2009 instituiu um “Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário” em seu artigo 1º. Tal estado tem por base o reconhecimento da nação indígena e a garantia de direitos coletivos como a autodeterminação, a garantia de preservação da sua territorialidade em regiões de ocupação originária (artigos 289 a 296), a eleição de representantes de acordo com seus usos e costumes, o reconhecimento da justiça comunitária originária em pé de igualdade com a justiça ordinária, de base européia (artigos 190 a 192).

O reconhecimento desses direitos mencionados leva a uma profunda alteração estrutural do Estado que volta a ser oficialmente plurinacional e a admitir diferentes



formas e lógicas de produção de representação e de tomada de decisões democráticas, com a instituição de um inovador sistema judiciário e de diferentes formas de ocupação do espacial. Há uma guinada da figura de reprodutor de modelos importados, para a posição de produtor de um desenho institucional que tenha pertinência e adequação com as demandas e particularidades do povo boliviano.

Com fulcro na integração e no aumento da representatividade e legitimidade das instituições, a constituição criou o primeiro Tribunal Constitucional Plurinacional eleito diretamente pelos cidadãos do país, que conta com a presença de representantes indígenas (além do reconhecimento da autonomia da jurisdição indígena, já citada, conforme artigo 199). A eleição direta também é a regra para a composição do Tribunal Agroambiental e para os membros do Conselho da Magistratura. O sufrágio universal é precedido da aprovação por dois terços dos membros da Assembleia Legislativa Plurinacional de uma lista de candidatos. O artigo 207 trata das regras eleição dos magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional.

Uma segunda fratura era a que se dava entre o Estado e as regiões. Isso porque a ocupação do território se deu segundo a lógica de exploração colonial, o que levou a um maior desenvolvimento e preocupação com os centros de extração de minério da parte andina do país. As demais regiões não exploradas ocupavam lugar de periferia, o que levou à proliferação de um sentimento de abandono, que motivava insurgências hostis contra o Estado Andinocentrado, por não haver sentimento de pertencimento e integração. O grau de descaso com essas regiões periféricas era tão marcante que os seus habitantes se viam privados não só dos serviços estatais, como também da oportunidade de participação política. A essa questão a constituição respondeu com o estabelecimento de uma modelo territorial com o objetivo de descentralizar o poder, a fim de facilitar a democracia participativa, o controle social dos recursos empregados pelo Estado e o seu manejo eficiente. São reconhecidos quatro tipos de autonomias: departamental, regional, municipal e indígena originária camponesa.

Para assegurar os interesses de todo o povo boliviano, sem favorecimento de determinadas classes ou grupos, a Constituição estabelece que os recursos naturais possuem caráter estratégico e são essenciais para o desenvolvimento do país. Dessa forma, estabelece que esses bens são de propriedade e domínio social, direto, indivisível e imprescritível do povo boliviano, sendo o Estado o proprietário de toda a produção e o



único facultado para a sua comercialização (artigos 348 e 349). Ademais, a sua exploração tem que se dar de forma a garantir a sustentabilidade e o equilíbrio ecológico (artigo 342). Sendo orientada pela preocupação com a preservação de ecossistemas das regiões, deverá ser precedida de consulta à população afetada (artigo 352). Observamos três princípios orientadores da exploração dos recursos naturais: a propriedade social, a gestão sustentável e a administração pública (submetida ao controle e participação social, conforme preceitua o artigo 351).

A terceira fratura dizia respeito à reprodução da lógica de exploração colonial pelas elites dominantes, sem observância de interesses gerais pela falta de consciência territorial-nacional. Aliada a essa lógica estava a falta de concessão de direitos sociais para as classes trabalhadoras, que fazia com que o país vivesse uma constante guerra entre o Estado (dominado pelas elites), os trabalhadores e camponeses, culminando na instabilidade permanente. Além disso, nunca havia sido colocada em prática qualquer forma de integração da classe explorada na socialização da riqueza extraída.

A essa fratura a constituição respondeu com a ampliação do rol dos direitos sociais, além da regulamentação da exploração dos recursos naturais abordada anteriormente. Sendo assim, foram assegurados direitos de acesso à água e à alimentação foram convertidos em obrigação estatal (artigo 16), bem como à saúde e à educação (artigos 17 e 18), à moradia, à eletricidade, ao saneamento básico (artigos 19 e 20), antes não reconhecidos. Ademais, o reconhecimento de uma economia plural, permeada por variadas formas de organização econômica, quais sejam, estatal, comunitária, privada e social cooperativa (artigo 306), indicam para a socialização do excedente econômico compatível com o desenvolvimento soberano em harmonia com a natureza.

5- Conclusão

Com o presente estudo pudemos observar que o novo constitucionalismo e o neoconstitucionalismo são vertentes da Teoria do Direito e do Estado que se aproximam, tendo origem comum. Ambos são deflagrados pela insatisfação com a ausência de constitucionalização de direitos tidos com essenciais para o povo e pela falta de uma eficácia horizontal de tais direitos, como forma de torná-los oponíveis também ao particular, ampliando sua potencialidade. O que diferencia as vertentes em estudo é o grau



de preocupação com a concretização do que foi constitucionalizado e de ousadia quanto à adequação do desenho institucional às necessidades particulares do povo.

O novo constitucionalismo é um movimento mais dinâmico e aberto ao experimentalismo. Ao propor o estabelecimento de Democracias Participativas, submetendo todas as decisões fundamentais do Estado ao sufrágio popular, estimula a aproximação do povo em relação ao Estado e à política; bem como oportuniza o controle sobre os atos dos governantes, obstando o crescimento de poderes invisíveis atuando na esfera estatal (BOBBIO, 1986).

Ante as características explicitadas do neoconstitucionalismo e do novo constitucionalismo latino-americano resta claro o caráter neoconstitucional da Constituição Federal do Brasil de 1988. Embora o processo constitucional brasileiro tenha gerado um texto mais aproximado do que almejava a minoria progressista presente na Assembleia Constituinte brasileira, o resultado obtido não foi de um modelo consciente de ruptura com o constitucionalismo do estado social de vertente européia, mas sua adaptação forçada ao contexto latino-americano.

A constituição brasileira é repleta de mecanismos elitistas de reforma, que acabam por manter o cidadão distante do Estado e do governo. Não vislumbramos também formas de inovação institucional com vistas a aumentar a representatividade e legitimidade estatais. Dessa forma, ela reproduz a lógica hegemônica e colonial de estabelecimento de leis.

Há no novo constitucionalismo uma ousadia criadora de novas realidades, sob a égide de novos paradigmas. Uma pulsante necessidade de ruptura com a lógica colonial hegemônica e de refundação, através da quebra de conceitos e modelos impostos e disseminados. A busca de estabelecer uma unidade na diversidade, sem que isso represente ameaça à existência do Estado, com maior sensibilidade em relação à cultura e valores dos povos nativos, convivendo em harmonia com os valores instituídos pelo processo de colonização. Trata-se de um passo além em relação ao neoconstitucionalismo, com vistas não a dar melhores condições de vida, mas sim de estabelecer parâmetros para que seus nacionais vivam bem, de forma plena.

**Referências:**

AIVES, Marina Vitório. **Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano: características e distinções**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, nº34, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acessado em 04/05/2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado**. Bahia, J. L. Fonseca Magalhães, 1987.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLÍVIA, Constituição (2009). **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**.

GALVÁN, Íñigo Errejón. **La constitución boliviana y la refundación del Estado. Um análisis político**. Papeles de relaciones ecosociales y cambio global, Madrid, ISSN 1888-0576, nº. 107, 2009, PP. 117-127.

GOMES, Nestor Castilho. **Neoconstitucionalismo, Hermenêutica e Pós-positivismo: Uma Crítica a partir da Teoria Estruturante do Direito**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Anais do X Simpósio de Direito Constitucional, 2012.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

PASTOR, Roberto Viciano (org.). **Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latino americano**. Valencia: editora Tirant Lo Blanch, 2011.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. XV Congresso Anual do CONPEDI, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvenção del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz da Serra: Alianza Interinstitucional CENDA/CEJIS/CEBID. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Contra o Neoconstitucionalismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, nº 4, Jan-Jun, 2011.