

# PERSPECTIVAS PARA UM CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA: A REINVENÇÃO DA TEORIA CONSTITUCIONAL PELO PLURALISMO JURÍDICO

*Antonio Carlos Wolkmer*<sup>143</sup>

*Samuel Mânica Radaelli*<sup>144</sup>

## INTRODUÇÃO

Os últimos processos constituintes vividos pela Venezuela, pelo Equador e pela Bolívia apresentam importantes rupturas na tradição constitucional latino-americana. Esses processos se caracterizam por priorizarem a construção de um modelo próprio de Estado e de sociedade, disposto a enfrentar as mazelas existentes nestas sociedades, decorrentes de um passado colonial e das opções políticas das elites dominantes. Assim, o presente texto visa compreender as propostas trazidas por essas cartas constitucionais em relação à tradição constitucional, enfocando a perspectiva do pluralismo jurídico e as possibilidades advindas dessa opção, na realização do ideário de transformação social proposto por seus protagonistas.

A história dos processos constitucionais na América Latina reflete a colonialidade<sup>145</sup> nas suas mais variadas formas (econômica, política,

---

143 Professor dos cursos de pós-graduação em Direito do UNILASALLE-RS e da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). É pesquisador nível 1-A do CNPq e consultor da CAPES. Membro da Sociedad Argentina de Sociologia Jurídica. Igualmente integrante de GT's do CLACSO (Buenos Aires/México). Professor visitante de cursos de pós-graduação em várias universidades da América Latina e da Europa (Argentina, Peru, Colômbia, Chile, Venezuela, Costa Rica, Puerto Rico, México, Espanha e Itália).

144 Graduado em Direito-Unijui, Mestre em Direito\_Unisinos, Doutorando em Direito PPGD/UFSC, professor IFPR, advogado, membro do grupo de Estudos em Direitos Sociais na América Latina- GEDIS. Correio eletrônico: Samuel.radelli@ifr.edu.br.

145 MIGNOLO, Walter. La idea de América latina: la herida colonial y la opción decolonial. Barcelona: Gedisa, 2005; QUIJANO, Anibal. Colonialidade del poder, eurocentrismo y América latina. In: LANDER, Edgardo. La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas. Caracas: Clacso, 2000.

cultural e epistemológica), bem como a negação da sua alteridade<sup>146</sup> à medida que é fruto de práticas de importação de conceitos europeus, também oriundos da totalidade europeia. Estes negam as diferenças existentes entre as nações, afirmando a universalidade de seus preceitos. Tal fato historicamente tem favorecido uma relação de dominação euro-americana sobre os demais países.

Em função dessa totalidade e colonialidade constitucional, as realidades peculiares dos povos do “novo mundo” foram negadas. Exemplo típico é a questão indígena, a qual até então teve um tratamento constitucional que tinha por pressuposto a tutela dos povos indígenas, sem garantias de autonomia e reconhecimento de sua cultura.

Os recentes processos políticos que desaguarão em novas constituições contemplam um universo de realidades juridicamente não reconhecidas nos textos tradicionais, tendo por objetivos consolidar novos mecanismos jurídico-políticos adequados a essa realidade.

O pluralismo jurídico acolhido nesses textos constitucionais tende a colaborar com a afirmação da alteridade latino-americana e do giro descolonial. Nesta medida, traz a possibilidade de um novo movimento constitucional, único por expressar o ser latino-americano, tão negado ao longo dos séculos. Assim, surge no âmbito da teoria constitucional um novo momento, no qual se vislumbra a possibilidade de superação das estruturas opressivas consolidadas por um horizonte colonial, consolidado pelas constituições importadas e substancialmente indiferentes à realidade latino-americana.

Essas novas cartas magnas constroem estruturas jurídicas voltadas para os desafios sociais, econômicos, políticos, ambientais e culturais, típicos da América Latina, para as quais não basta a importação de modelos constitucionais decorrentes do universalismo europeu<sup>147</sup>, que

---

146 DUSSEL. Enrique. *Filosofia da libertação*. São Paulo: Loyola, 1983; DUSSEL, Enrique. 1942: o encobrimento do outro. Petrópolis: Vozes 1993; ZIMMERMANN, Roque. *América Latina - o não-ser; uma abordagem filosófica a partir do pensamento de Enrique dussel (1962-976)*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

147 O universalismo europeu sustenta a ideia de que a tutela é uma forma de desenvolver povos atrasados e de que o império das potências sobre o globo seria inevitável

não reconhece outras realidades, tendo se imposto na América Latina quando da construção dos projetos constitucionais.

#### 4.1 O MODO COLONIAL DE FAZER CONSTITUIÇÃO NA AMÉRICA LATINA

Pode-se demarcar o constitucionalismo latino-americano até aqui em três períodos: 1) um constitucionalismo de independência (constitucionalismo colonizador), oriundo dos processos de ruptura colonial que constitui os Estados-Nacionais; 2) o constitucionalismo social, fenômeno inaugurado no México e vivido na maioria dos países, que permitiu a positivação de direitos sociais e estabeleceu um paradigma de estado social que não foi efetivado, sendo apenas um simulacro do chamado “Estado de bem-estar social”, e 3) por fim, o constitucionalismo “garantista” da redemocratização, nascido com o propósito de reestabelecer a democracia, após períodos ditatoriais vividos por grande parte dos países do continente; essas constituições tinham o propósito de organizar o estado de direito depois de décadas de exceção<sup>148</sup>.

Todos esses três momentos tratam de experiências comuns, a maioria dos países da América Latina. No primeiro há os processos de formação dos Estados, em princípios do século XIX, os quais abandonavam a condição de colônia e necessitavam delinear os contornos das instituições incipientes.

No período seguinte, a adoção do chamado constitucionalismo social, com concessões às classes menos favorecidas, de modo a esboçar uma tentativa de combater a desagregação social, nasceu no período revolucionário mexicano e se estenderá ao longo da metade do século XX. Trata-se de uma grande contribuição latino-americana para a experiência constitucional ocidental.

---

e às outras nações não haveria escolha e deveriam submeter-se a elas. WALLERS-TEIN, Immanuel. O universalismo europeu: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

148 WOLKMER, Antonio Carlos. Procesos Constituyentes desde afuera: acerca del Constitucionalismo Pluralista en los andes. Quito: IAEN, 2013. Texto inédito. p. 5-12.

Por fim, uma característica tipicamente latino-americana é a existência de períodos ditatoriais, que, quando suplantados, iniciaram experiências de democracia constitucional, fundadas na garantia dos direitos fundamentais. Esse fator demarca uma terceira fase em nossa história constitucional, o “neoconstitucionalismo democrático” de fins do século XX.

No entanto, para além da classificação didática desses momentos, alguns desafios se apresentam continuamente; o primeiro deles é o da autenticidade constitucional, desafio decorrente das dificuldades na formação de um pensamento tipicamente latino-americano, em razão de ideais modernos que afirmavam a universalidade, neutralidade e atemporalidade do conhecimento. Assim, os trabalhos constitucionais na América Latina estiveram mais voltados para a importação acrítica de ideias desenvolvidas principalmente na Europa do que para a elaboração de cartas de direitos atentas ao seu contexto. Quando se trata desse tema é importante não desprezar exceções marcantes, a exemplo da carta constitucional do Haiti em 1805, que foi uma das primeiras a fazer um apelo democrático e aboliu expressamente a escravidão (art. 2º)<sup>149</sup>. E, como já foi mencionado, a experiência mexicana trouxe para o mundo a inclusão de direitos sociais nas constituições que até então tratavam unicamente dos direitos individuais.

Outra característica é o caráter oligárquico de nossas estruturas sociais, uma vez que, logo após a independência política, começou a consolidação de “elites criollas”, as quais se apropriaram do Estado. Este era tido como uma parte dos negócios privados, daí então se consolidaram práticas patrimonialistas que suprimiram o interesse comum, impedindo a solidificação da esfera pública dessas sociedades.

Historicamente, a construção do constitucionalismo latino-americano seguiu os moldes coloniais vigentes, contra os quais se estabeleceram, ao longo da história, várias práticas de resistência. Dentro do

---

149 VALDÉS, Ernesto Garzon. *Constitución y democracia en américa latina*. Anuário de derecho constitucional latino americano. Edición 2000. Buenos Ayres: Fundación Konrad Adenauer, 2000, p. 56. Observar igualmente: CHÁVEZ HERRERA, Nelson (Comp.). *Primeras Constituciones. Latinoamérica y el Caribe*. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2011.

paradigma da modernidade, o constitucionalismo na América Latina, inobstante algumas conquistas populares, via de regra funcionou como uma estratégia de colonização e de coesão social elitista.

A colonização constitucional se dá pela importação de modelos jurídicos e institucionais alheios à realidade índia e *criolla*, as quais jamais funcionaram satisfatoriamente em razão de um genético desajuste existencial. Neste processo também demarca-se o mimetismo de um modelo de cidadania orientado por um padrão liberal, pautado pelo individualismo possessivo, que tenta a todo instante ajustar a realidade de cosmovisões indígenas e suas sínteses antropológicas a um padrão de direitos fundamentais eurocêntrico de pretensão universal.

A implantação de um modelo constitucional importado desde logo revelava seu descompasso com a realidade. Sobre esse aspecto, Juan Bautista Alberdi bem retrata a incompatibilidade entre o ideário republicano constitucional do chamado “mundo civilizado”, a “barbárie” da sociedade argentina e, conseqüentemente, latino-americana, no período de fundação estatal decorrente dos processos de independência. Este autor assim expressa tal desajuste:

con tres millones de indígenas, cristianos y católicos no realizarán la república ciertamente. No realizarán tampoco con cuatro millones de españoles peninsulares, porque el español puro es incapaz de realizarla allá o aca. Si hemos de componer nuestra población para el sistema de gobierno; si ha de sernos más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona. Ella está identificada con el vapor, el comercio, La libertad y nos será imposible radicar estas cosas entre nosotros sin la cooperación de esta raza de progreso e civilización<sup>150</sup>.

A manifestação acima é sintomática, à medida que revela, desde o início de nossa prática constitucional, uma postura epistemológica pau-

150 BAUTISTA ALBERDI, Juan. *Bases y puntos de partida para a organización política de la republica Argentina*. Buenos Aires: Estampa, 1982. p. 180.

tada por valorizar o modelo europeu a ser copiado, mesmo que ele esteja desajustado à sociedade à qual é imposto. Neste caso, mantém-se o paradigma importado e critica-se a sociedade, buscando ajustá-la a ele. Afinal, o paradigma de estado constitucional é uma oportunidade de civilizar<sup>151</sup> uma sociedade bárbara<sup>152</sup> e, neste sentido, a “América Latina participou plenamente *“del pensamiento filosófico e político del mundo moderno e civilizado, mediante el orden constitucional”*<sup>153</sup>.

O processo de imitação institucional foi denunciado por autores como José Martí:

La incapacidad no está en el país naciente, que pide formas que se le acomoden y grandeza útil, sino en los que quieren regir pueblos originales, con leyes heredadas de cuatro siglos de práctica libre en lo Estados Unidos, de diecinueve siglos de monarquía en Francia. Con un decreto de Hamilton no se le para la pechada al potro del llanero. Con una frase de Sieyès no se desestanca la sangre cuajada de la raza india. A lo que es, allí donde se gobierna, hay que atender para gobernar bien; y el buen gobernante en América no es el que sabe como se gobierna el Alemán o el francés, sino el que sabe con qué elementos esta hecho su país, y cómo puede ir guiándolos en junto, para llegar, por métodos e instituciones nacidas del país mismo, a aquel estado apetecible donde cada hombre se conoce y ejerce [...] el espíritu del gobierno de gobernó ha de ser el de país. [...] no hay batalla

---

151 No âmbito da discussão acerca da imposição da civilização europeia, convém lembrar a denúncia de Aimé Césaire: “a civilização chamada ‘européia’, a civilização ‘ocidental’, tal como foi moldada por dois séculos de regime burguês, é incapaz de resolver os dois principais problemas que sua existência originou: o problema do proletariado e o problema colonial. Esta Europa, citada ante o tribunal da ‘razão’ e ante o tribunal da ‘consciência’, não pode justificar-se; e se refugia cada vez mais em uma hipocrisia ainda mais odiosa, porque tem cada vez menos probabilidades de enganar”. *Discurso sobre o colonialismo*. Trad. Aníso Garcez Homem. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2010, p.15.

152 Perspectiva reiterada por Domingo Faustino Sarmiento em *O Facundo*. Edição crítica de La Universidad Nacional de la Plata. Buenos Aires: Ediciones Culturales Argentinas, 1961. Examinar também: SVAMPA, Maristella. *El Dilema Argentino: civilización o barbarie*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2006.

153 GROS ESPIELL, Hector. El constitucionalismo latino-americano y La codificación en el siglo XIX. *Anuário Iberoamericano de justicia constitucional*. Número 6, jan/ dez 2002. p. 143

entre civilización y la barbarie, sino entre la falsa erudición y la naturaleza<sup>154</sup>.

O ideário de xenofilia institucional expresso por figuras como Alberdi reflete a cultura de submissão e autonegação inerente à colonialidade, à ferida colonial<sup>155</sup>, pois, como explica Fanon:

Todo povo colonizado, isto é, todo povo no seio do qual nasce um complexo de inferioridade, de colocar no tûmulo a originalidade cultural local - se situa frente a frente à linguagem da nação ‘civilizadora’, isto é, da cultura metropolitana. O colonizado se fará tanto mais evadido de sua terra quanto mais ele terá feito seus, os valores culturais da metrópole. Ele será tanto mais branco quanto mais tiver rejeitado sua negrura<sup>156</sup>.

Além da afirmação colonial, o constitucionalismo tradicional até aqui cumpriu historicamente uma outra tarefa politicamente reacionária, funcionando ideologicamente como mecanismo de coesão social para manutenção da opressão e do domínio das elites. Esta situação é revelada pelo contraste entre as propostas de direitos humanos e a realidade social aqui vivida e não foi superada pelos instrumentos do estado constitucional. Pelo contrário, os movimentos de transformação social majoritariamente foram contra a ordem, propunham a ruptura institucional, e, não por acaso, aqueles que propunham a transformação social viram a luta armada como uma alternativa.

A “ordem constitucional” exerceu um papel importante na formação de uma hegemonia burguesa, à medida que serviu de argumento para que fossem repelidos movimentos populares. Contudo, não coibiu

154 MARTÍ, José. *Nuestra América*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 2003, p. 26.

155 “el sentimiento de inferioridad impuesto en los seres humanos que no encajan el modelo predeterminado por los relatos euroamericanos”. MIGNOLO, Walter. *A idea de américa latina: la herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa, 2007, p. 17.

156 FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999, p.12.

a opressão, chegando ao ponto de ajustar-se ao autoritarismo, o qual teve a convivência de boa parte dos juristas.

Em razão disso, os processos de redemocratização vividos por grande parte dos países latino-americanos, refletidos em novas cartas constitucionais, foram relegados a uma dimensão exclusivamente simbólica, no que tange às conquistas populares. Esse quadro permitiu a construção de um discurso constitucional, que faz um jogo de ambivalência para manutenção do *status quo*, sustentando, por um lado, que as coisas mudaram, ou estão mudando. As constituições garantem os direitos e o acesso aos bens socialmente produzidos, mas, por outro lado, a teoria constitucional e a prática dos Três Poderes sustentam que esses direitos não são efetivos.

Esse jogo de ambivalência pauta-se pelo caráter sacro da carta magna, a qual é compreendida como sendo a expressão genuína da vontade popular, à medida que ela inclui no texto esses anseios, mas os fraudada pela sua inefetividade.

Tal ambiguidade é fruto de uma contradição inicial: por um lado uma enorme fé na constituição como fator de ordenação da realidade social; por outro, a convicção de que a divergência entre a ordem e a realidade social não deve ser motivo de maior preocupação. Essa divergência é tomada como um dado negativo, mas, no fundo, irrelevante, e o jurista se consagra ao estudo das normas sancionadas como se estas fossem efetivamente vigentes.

Essa crença na ordem constitucional explica as controvérsias entre os que sustentam ser a constituição uma solução para problemas econômicos e sociais, e que considera que o direito sancionado é um obstáculo para as mudanças sociais que requererem o desenvolvimento e a modernização dos países latino-americanos. Embora confrontantes, essas duas posições comungam da indiferença à realidade jurídica ou, como se tem dito muito em teoria constitucional, o descompasso na relação entre validade e eficácia das normas<sup>157</sup>.

---

157 VALDES, Ernesto Garzon. Derecho, ética y política. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1993, p. 203.



O modelo republicano proposto constitucionalmente na maioria dos países da América Latina, pelo menos nas tentativas de implantação ocorridas durante grande parte do século XIX, não foi substancialmente democrático, embora representativo. Na verdade, baseou-se no sufrágio limitado e restrito e nem mesmo pairava a possibilidade de qualquer forma de exercício direto da soberania popular, com exceção da eleição, a qual não podia significar o controle do estado por uma multidão inapta e irresponsável<sup>158</sup>.

#### 4.2 AS NOVAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS:

##### A FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO DE TIPO PLURALISTA

O novo constitucionalismo latino-americano inaugura uma nova fase na história das constituições, promovendo uma grande ruptura de ordem político-ideológica. O antigo constitucionalismo, tradicionalmente vinculado ao pensamento liberal, desde o seu nascimento, passou por significativas mudanças, como o constitucionalismo social e seus variantes. Todavia, mesmo nessas nuances, manteve o espectro liberal, na forma de um imaginário jurídico que se retroalimentava de um esteio teórico, voltado prioritariamente para os direitos humanos de primeira dimensão. Desta forma, os direitos sociais eram efetivados na medida das possibilidades de convivência e subordinação aos direitos individuais.

Em tribunais com forte presença elitista e patrimonialista, impera-se a proteção às relações sociais, oriundas do modo de produção econômico, as quais se petrificam na jurisprudência. Assim, vedam-se as possibilidades de transformação social, que tendem a afrontar as estruturas de ordem capitalista.

O novo constitucionalismo latino-americano montou uma extensa teia de dispositivos constitucionais voltados à transformação social. Por conta disso, há três constituições extremamente extensas, com muitos ar-

---

158 GROS ESPIELL, Hector. El constitucionalismo latino-americano y La codificación en el siglo XIX. Anuário Iberoamericano de justicia constitucional. Número 6, jan./dez. 2002, p. 146.

tigos, como tentativa justamente de construir expedientes de literalidade que possam impedir uma contrarrevolução judicial, ou que a ação reacionária dos tribunais de novo tragasse os esforços de ampliação dos direitos a um plano inferior. Esses direitos são mitigados por teorias de eficácia, como as que versam sobre a não autoaplicabilidade de certos direitos ou o instituto da reserva do possível, ou a simples opção pelos direitos patrimoniais de uma minoria em detrimento da promoção da justiça social, já prevista em diversos dispositivos constitucionais.

A preocupação com a máxima enumeração de direitos e garantias, com a devida ampliação do rol de prerrogativas populares, se deve à preocupação em enfrentar a onda neoliberal que assolou o mundo nos anos 1980 e 1990. Essa onda deflagrou um discurso ideológico forte de impossibilidade e negação do papel do Estado na promoção do direitos humanos<sup>159</sup>.

Uma das dimensões fundamentais do constitucionalismo inaugurado em 1999, a partir da experiência venezuelana, é a construção de uma ordem de prerrogativas orientadas pela experiência histórica, vivenciada neste país e que posteriormente se lançaram em novos processos constitucionais. Neste âmbito, pode-se falar dos direitos como expressão jurídica da alteridade latino-americana, negada pela reprodução eurocêntrica. Esta construiu uma concepção de direitos vinculada a um universalismo autorreferente, que impôs o seu modo de ser a realidades diversas, que passaram a ser compreendidas e se autocompreenderam como inferiores. Necessitaram, assim, serem salvas, copiando modelos civilizacionais pautados pela ideia de que a América Latina tanto mais se desenvolveria quanto mais negasse a si própria.

A alteridade latino-americana se expressa no campesinato marginalizado, nas populações indígenas, na subalternidade feminina, na miséria e na opressão, cuja negação se constrói por um colonialismo político-cultural sustentado por elites exógenas e infíeis ao seu povo<sup>160</sup>.

---

159 A constituição da Venezuela possui 350 artigos, a do Equador 444 e a da Bolívia 411, todas acrescidas de disposições constitucionais transitórias.

160 RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia da Letras, 1995, p. 69.

Diante desse cenário, a afirmação da alteridade através do Direito Constitucional efetiva-se pela consolidação de mecanismos de igualdade material, por instrumentos jurídicos que restrinjam os interesses estrangeiros e por uma ordem democrática com procedimentos que garantam a participação dos grupos marginalizados na condução estado. Combinado a isto, permite, por meio de regramentos, a possibilidade de cada grupo viver conforme sua cultura, a qual é fonte de costumes, práticas políticas e juridicidade própria.

Os direitos humanos fundamentais, na forma como são tratados, representam conteúdos substanciais em prol da igualdade material, contemplando no seu interior elementos importantes da teoria política, de maneira que ocorre a sedimentação jurídica de um ideário igualitário.

As novas constituições fazem opções políticas substanciais, as quais passam a ser ditames jurídicos do modo de agir do Estado, sendo este agora pautado por elementos políticos e culturais próprios, os quais não se vinculam aos horizontes da teoria constitucional até aqui estabelecidos. Até mesmo propostas mais recentes e sofisticadas, como o dirigismo constitucional, o garantismo ou o neoconstitucionalismo, não dão conta das novidades apresentadas nesses textos constitucionais<sup>161</sup>. Da mesma forma, há uma nova proposta de estado que supera a inefetividade e o caráter simulado do estado social e de sua variante, o estado democrático de direito.

A novidade constitucional latino-americana propõe um modelo de Estado comunitário plurinacional<sup>162</sup>, concepção pela qual se abandona uma noção tradicional de soberania, reconhecendo-se a condição política de múltiplas comunidades em um estado, dando-lhe forte apelo popular. Além disso, possui um extenso conteúdo, abarcando temáticas e tarefas que reforçam o seu caráter revolucionário.

161 WOLKMER, Antonio Carlos. Procesos constituyentes desde Afuera: acerca del constitucionalismo Pluralista en los andes (Op. cit., fls. 9-11).

162 RIVERA S, José Antonio. El nuevo sistema constitucional del estado boliviano. In: estudios sobre la constitución aprobada en enero del 2009. Cochabamba, 2009. TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. In: OSAL N° 22, Buenos Aires: CLACSO, 2007.

Tal processo é fruto de um poder constituinte, originado de novos atores constitucionais historicamente negados, como por exemplo: os indígenas, as comunidades tradicionais, os operários e camponeses. Estes grupos assumiram a tarefa de reconstruir o estado em outras bases e agora devem possuir presença definitiva nesta nova institucionalidade, formando, assim, o “jacobinismo constitucional”, pautado por esses novos atores.

Tendo em vista esse quadro, as três novas constituições (Venezuela, Equador, Bolívia) se propõem a ser uma novidade que permita superar esses impasses e construir instituições jurídico-políticas orientadas para a transformação social, levando-se em conta que tal intento só é exitoso se se considerar os elementos que caracterizam o modo de ser latino-americano.

#### 4.3 O CONSTITUCIONALISMO NA PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO

A principal característica do pluralismo jurídico é a negação de que o Estado possua o monopólio na produção do Direito. Com o intuito de ambientar a discussão, cumpre esclarecer a oposição entre um pluralismo jurídico “de cima”. Este é oriundo de um pensamento liberal ou neoliberal, que propõe a fragilização do Estado e de sua estrutura regulatória em prol da lei do mais forte, com hegemonia do mercado. É um pluralismo jurídico “de baixo”, fundamentado popularmente, orientado pela organização social dos grupos em emancipação, o qual concorre com o Estado para organização de um modo de vida justo e igualitário.

É a partir do modelo “de baixo” que se estrutura o pluralismo jurídico comunitário-participativo, fundamentado na ética da alteridade, desenvolvido por um novo sujeito social para justa satisfação de suas necessidades humanas. Assim, trata-se de um

modelo aberto e democrático, privilegiando a participação direta dos sujeitos sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade e possibilitando que o processo histórico se encami-

nhe pela vontade e controle das bases comunitárias. Reitera-se nessa tendência, antes de mais nada, a propensão segura de se visualizar o Direito como um fenômeno resultante de relações sociais e valorações desejadas, de se instaurar uma outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não obrigatoriamente estatais, de uma legitimidade embasada nas ‘justas’ exigências fundamentais de atores sociais e, finalmente, de encarar a instituição da Sociedade como uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa<sup>163</sup>.

Tal proposta caracteriza-se, como teoriza Antonio Carlos Wolkmer, pela combinação dos seguintes requisitos: a) legitimidade de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação de necessidades humanas; c) democratização e descentralização de um espaço público participativo; d) defesa pedagógica de uma ética da alteridade, e e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória<sup>164</sup>.

Protagonistas do pluralismo jurídico, na vertente comunitária e participativa desvelada por Wolkmer, os novos sujeitos coletivos propõem uma nova dinâmica política e uma nova agenda social, passando a figurar na ordem política. Desta forma, desafia-se o paradigma liberal individualista, que estabelece suas bases na figura do ser humano, desvinculado e indiferente às possibilidades de construção de uma identidade coletiva, fruto da consciência da homogeneidade da situação vivida. Esta possui uma causa comum que, portanto, deve proclamar a articulação e a comunhão ativa em uma práxis libertária. Deste engajamento se produz um lastro de interações a favor da satisfação das necessidades existenciais destes grupos que desafiam o monopólio regulamentar: o estado.

Os “novos sujeitos coletivos” configuram-se:

como identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomos, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade

163 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico - fundamentos de uma nova cultura do direito. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001, p. 69.

164 WOLKMER, op. cit., p. 207-254.

de auto-organização e auto-determinação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de uma sociedade democrática, descentralizadora, participativa e igualitária<sup>165</sup>.

O pluralismo jurídico comunitário-participativo apresenta-se como um horizonte de compreensão e fundamentação do novo constitucionalismo, o qual faz uma clara opção pluralista.

#### 4.4 O PLURALISMO NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO CONTEMPORÂNEO

Se os processos políticos dos quais decorrem as constituições, por sua natureza, “são um espaço estratégico e privilegiado de múltiplos interesses materiais, fatores socioeconômicos e tendências pluriculturais, a constituição congrega e reflete, naturalmente, os horizontes do Pluralismo”<sup>166</sup>. Embora haja essa dimensão natural entre o pluralismo jurídico e a constituição, ela tradicionalmente expressa o ideário monista e, neste sentido, o novo constitucionalismo latino-americano apresenta uma ruptura radical ao propor o pluralismo jurídico enquanto expressão do modelo comunitário, desde o seu processo de elaboração constitucional.

Toda constituição promulgada ou outorgada é anunciada como fruto de um processo social de mudança, no qual o povo estaria no centro, sendo seu texto a expressão da vontade popular. De fato, analisada a história de cada processo constitucional, ver-se-á a existência de tensões sociais. Contudo, já alertava Lampedusa no célebre romance *O Leopardo*, que “é preciso muitas mudanças para que tudo continue como está”, e a maioria dos processos constituintes latino-americanos seguiu esta lógica, efetuan-

---

165 WOLKMER, op. cit., p. 214.

166 WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo latino-americano. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Abconst, 2011 p.144.

do alterações no Estado e positivando direitos. No entanto, sem mexer nas estruturas sociais, pelo contrário, as elites viram nessas transformações bons álibis para evitar rupturas na estrutura desigual das sociedades.

Por contrariar essa tradição, o novo constitucionalismo latino-americano apresenta-se como uma novidade histórica e teórica, pois, neste caso, o poder constituinte foi desenvolvido como expressão de “novos sujeitos coletivos”, ou, na expressão de Pisarello, “novos atores jurídicos coletivos”<sup>167</sup>. Destes, se destacam os movimentos indígenas na Bolívia e no Equador, sem esquecer de movimentos camponeses, entidades de classe, movimentos ambientais, dentre outros.

À medida que os novos sujeitos coletivos pautam o processo por suas necessidades históricas, as quais são de ordem econômica, política e cultural, projetam no texto constitucional a positivação de direitos que visam a igualdade material e o reconhecimento de sua identidade sociocultural<sup>168</sup>.

As novas constituições latino-americanas são frutos de processos constituintes, que têm um espectro revolucionário muito forte quando representam um giro nas estruturas de poder historicamente consolidadas por meio da articulação de grupos historicamente marginalizados<sup>169</sup>.

Essa nova institucionalidade visa construir mecanismos jurídicos promotores da transformação social. A ideia de transformação social tão almejada e sustentada politicamente pela primeira vez consolida-se por institutos jurídicos, que não são apenas discursos simbólicos, mas desafiam as estruturas de poder centralizadas no Estado e naqueles que o dominam.

167 PISARELLO, Gerardo. *El nuevo constitucionalismo latino-americano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década*. Disponível em: < www.rebellion.org>. Acesso em: 29 set. 2013.

168 “Estos procesos han estado marcados, entre otros elementos, por la irrupción de actores constituyentes (movimientos campesinos, indígenas, organizaciones de mujeres y feministas, sindicatos nuevos y antiguos, movimientos de desocupados, pobres urbanos y afrodescendientes, organismos de derechos humanos) que han forzado la inclusión de nuevos temas en la agenda político-constitucional, y con ello, la delimitación de un modelo con perfiles propios.” PISARELLO, Gerardo. *El nuevo constitucionalismo latino-americano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década*. Disponível em:< www.rebelio.org.> Acesso em: 29 set. 2013.

169 MARTINEZ DALMAU, Rubén; VICIANO PASTOR, Roberto. *Cambio político y proceso constituyente em Venezuela (1998-2000)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p.145-149.

Além do pluralismo jurídico como método constituinte, adota-se este com força normativa, expresso nas cartas constitucionais, a exemplo da constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, que assim estabelece:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en La pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

E, no artigo 178:

Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Do mesmo modo no Equador<sup>170</sup>, o qual possui cerca de 15 siste-

---

170 Na Constituição equatoriana, o pluralismo se expressa em diversos dispositivos dentre eles: *Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. Artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. Artículo 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Por ello el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad con los mecanismos de coordinación y coope-*



mas jurídicos funcionando e que são reconhecidos constitucionalmente, dá-se, assim, legitimidade ao direito das comunidades que, desde o período colonizador, funcionavam em paralelo ao estado oficial.

A projeção do pluralismo para dentro das constituições não é uma invenção fruto da criatividade do poder constituinte, mas uma vitória da realidade latino-americana sobre a teoria constitucional importada. O pluralismo jurídico na América Latina origina-se do conflito entre ordem jurídica da metrópole, que tentou ao longo de séculos se impor, e direito das comunidades pré-hispânicas.

Tal conflito é resultado do fato de que a aplicação do direito europeu aqui sempre encontrou resistências em decorrência do processo da incompatibilidade entre este e as sociedades indígenas. Assim, geraram-se inúmeras situações de juridicidades paralelas ou híbridas em relação às quais a coroa espanhola respondia com novas leis, na tentativa de ajustar o descompasso normativo entre colônia e metrópole.

No entanto, apesar das tentativas de colonização pelo direito, firma-se um direito indígena em paralelo ao direito europeu,

*Esta vigencia Del derecho indiano y castellano- este punto de arranque de aquél ya la vez complemento del mismo- se mantiene en América hasta el fin de La dominación española. Si desde el ultimo tercio Del siglo XVI se tiende a considerar el derecho de Indias un sistema peculiar y completo y en cierto modo autónomo- en 1614 respondiendo a ello se declara que las nuevas leyes que se dicten para Castilla solo regirán en Indias cuando expresamente se ordenen, el siglo XVIII se insiste en unificar hasta donde sea posible el derecho indiano y el castellano. De hecho, La legislación, La literatura jurídica y la práctica indianas suponen la plena compenetración de lo estrictamente indiano y lo castellano<sup>171</sup>.*

---

*ración entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.*

171 GARCIA-GALLO, Alfonso. Derechos europeos y pluralismo jurídico en América española. In: DAL RI, Arno; DAL RI, Luciene. Latinidade da América Latina: enfoques histórico-jurídicos. São Paulo: Hucitec, 2008, p. 100-101.

Em razão disso, a recepção constitucional do pluralismo jurídico comunitário-participativo expressa a dimensão de um constitucionalismo latino-americano autêntico, à medida que não visa a reprodução de propostas constitucionais europeias ou estadunidenses, que em geral conflitam com a cultura e a sociedade das relações coloniais norte-sul, mas um projeto novo. Este, portanto, procede da apropriação popular do constitucionalismo e o redefine em razão das necessidades de comunidades historicamente negadas, funcionando como mecanismo de sua luta por emancipação e reconhecimento.

Adoção constitucional do pluralismo jurídico participativo-emancipatório tem o mérito de desvelar o caráter dialético da realidade política, propiciando o ajuste entre o constitucionalismo e a realidade histórica, caminho viável para a transformação social.

Essa proposta permite a apropriação e a vinculação entre *potestas* (instituições) e *potencia* (povo), como sustenta Dussel, afinal:

En la Constitución deben positivarse (expresarse jurídicamente) los derechos humanos, que ya no son considerados meros derechos naturales, sino reconocidos como logros históricos de la conciencia político-jurídica de la comunidad. En esos derechos humanos (que son el fundamento Del cuerpo de leyes futuro se reconoce, como hemos ya indicado, la pertenencia Del ciudadano como sujeto de otros campos prácticos (derechos subjetivos y privados, por medio de los cuales el campo político se liga a todos os demás campos piráticos no-políticos), siendo el primero de esos derechos políticos el que afirma que el mismo ciudadano, autónomo (o libre) de manera privada (ya indicada) y públicamente (como participantes de la comunidad soberana), es la última instancia de toda decisión legislativa (insitucionalizante, positivizante, juridizante). En tanto que se da a sí mismo las leyes (autolegisador soberano) la/el ciudadana/o es origen Del derecho (fundamento de la legitimidad política de la ley) y destinatario (debe obedecer la ley por ser su propia decisión <sup>172</sup>.

---

172 DUSSEL, Enrique. Política de la liberación. Volumen II arquitectónica. Madrid: editorial Trotta, 2009, p. 304.

## CONCLUSÃO

É possível perceber a presença do pluralismo jurídico comunitário-participativo nos momentos pré-constituente, constituente e pós-constituente das cartas que compõem o novo constitucionalismo latino-americano. Em decorrência disto, inaugura-se na América Latina a perspectiva de um constitucionalismo culturalmente adequado, com textos constitucionais que não servem mais como estratégia colonial e mecanismo de coesão social em torno das elites nacionais.

Por conta disso, o constitucionalismo representa um momento de ruptura histórica e teórica, servindo à afirmação da alteridade latino-americana. Trata-se de uma proposta de descolonização no âmbito epistemológico, pois a América Latina tem, nesses modelos, alternativas à teoria constitucional europeia e norte-americana. Aqui, ressoa de forma irrefletida, propalada por constitucionalistas que postulam a “sofisticação teórica” por meio da colonialidade intelectual.

Configura-se, ainda, um momento de descolonialidade do poder, pois possibilita de fato a soberania popular das sociedades tradicionalmente postas em condição subalterna e, por fim, a descolonialidade do ser latino-americano. As cosmovisões indígenas são positivadas, fazendo com que a “civilização” expressa na proposta do constitucionalismo seja interpenetrada pela “barbárie”.

## REFERÊNCIAS

BAUTISTA ALBERDI, Juan. *Bases y puntos de partida para la organización política de la república Argentina*. Buenos Aires: Estampa, 1982.

CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Trad. Anísio Garcez Homem. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2010.

CHÁVEZ HERRERA, Nelson (Comp.). *Primeras Constituciones*. Latinoamérica y el Caribe. Caracas: Fundación Biblioteca Ayacucho, 2011.

DUSSEL, Enrique. *Filosofía da libertação*. São Paulo: Loyola, 1983.

\_\_\_\_\_. *1942: o encobrimento do outro*. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. *Política de la liberación*. Volumen II arquitectónica. Madrid: editorial Trotta, 2009.

FANON, Frantz. *Os Condenados da Terra*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

GARCIA-GALLO, Alfonso. Derechos europeos y pluralismo jurídico em América española. In: DAL RI, Arno; DAL RI, Luciene. *Latinidade da América Latina: enfoques histórico-jurídicos*. São Paulo: Hucitec, 2008.

GROS ESPIELL, Hector. El constitucionalismo latino-americano y La condiciación em el siglo XIX. *Anuário Iberoamericano de justicia constitucional*. número 6, jan./dez. 2002.

MARTÍ, José. *Nuestra América*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 2003.

MARTINEZ DALMAU, Rubén; VICIANO PASTOR, Roberto. *Cambio político y processo constituyente em Venezuela (1998-2000)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

MIGNOLO, Walter. *La idea de América Latina*. Barcelona: Gedisa, 2007.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade del poder, eurocentrismo y América latina. In: LANDER, Edgardo. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas*. Caracas: Clacso, 2000.

SARMIENTO, Domingo Faustino. *Facundo*. Edición crítica de la Universidad Nacional de la Plata. Buenos Aires: Ediciones Culturales Argentinas, 1961.

SVAMPA, Maristella. *El Dilema Argentino: civilización o barbarie*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2006.

VALDES, Ernesto Garzon. *Derecho, ética y política*. Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1993.

\_\_\_\_\_. Constitución y democracia em américa latina. In: *Anuário de derecho constitucional latino americano*. Edición 2000. Buenos Ayres: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.

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

\_\_\_\_\_. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América latina. In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Abdconst, 2011.

\_\_\_\_\_. *Procesos Constituyentes desde afuera: acerca del Constitucionalismo Pluralista en los Andes*. Quito: IAEN, 2013. Texto inédito.

\_\_\_\_\_.; MELO, M. P. (Orgs.). *Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

\_\_\_\_\_.; LIXA, Ivone M. (Orgs.). *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en America Latina*. Aguascalientes (Mexico): Universidad Autónoma San Luis Potosi; Florianopolis (Brasil): NEPE-UFSC, 2013.

ZIMMERMANN, Roque. *América Latina- o não-ser; uma abordagem filosófica a partir do pensamento de Enrique Dussel (1962-976)*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

