

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

NOVOS PARADIGMAS DO PODER CONSTITUINTE NA AMÉRICA LATINA NUEVOS PARADIGMAS DEL PODER CONSTITUYENTE EN LATINOAMERICA

Jose Lucas Santos Carvalho

Resumo

Desde meados da década de 1980 a América Latina vem experimentando uma reorientação do fluxo dos processos de ativação constitucional e consequente mudança no conteúdo dessas novas cartas constitucionais. Este novo constitucionalismo latino-americano origina-se de mobilizações populares que desencadearam, de forma mais participativa e democrática, a criação de novas Constituições que buscam refletir a sua realidade social, a partir de novos paradigmas de elementos político-jurídicos como Poder Constituinte, Constituição, Estado e sua organização e direitos fundamentais. Esse novo pensar local pode ser compreendido como uma descolonização do continente e tem como maior desafio a viabilidade prática desses novos institutos, diante da instabilidade político-institucional dos países latinos. Assim, utilizando-se de pesquisa qualitativa, com o emprego de livros, artigos científicos, dissertações e legislação pertinente, o presente trabalho objetiva analisar o processo de ativação do processo constituinte na América Latina, especialmente na Bolívia e Equador para compreender os novos paradigmas do poder constituinte que surgem deste contexto.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino-americano, Poder constituinte, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

Desde aproximadamente mitad de la década de 1980 Latinoamérica ha experimentado un cambio en el flujo en los procesos de activación constitucional y el consiguiente cambio en el contenido de estas nuevas constituciones. Este "nuevo constitucionalismo latinoamericano" se origina de las movilizaciones populares que llevaron, de manera más participativa y democrática, la creación de nuevas constituciones que tratan de reflejar su realidad social, a partir de nuevos paradigmas de elementos políticos y legales como Poder Constituyente, Constitución, Estado y su organización y los derechos fundamentales. Este nuevo "punto de pensar" puede entenderse como una descolonización del continente y tiene como mayor reto la viabilidad práctica de estos nuevos institutos en cara a la inestabilidad política y institucional en los países latinos. Para este propósito, se hizo uso de la investigación cualitativa, con el empleo de libros, artículos de revistas científicas, tesis y la legislación pertinente, este trabajo tiene como objetivo analizar el proceso de activación del proceso constituyente en Latinoamérica, especialmente en Venezuela, Bolivia y Ecuador para comprender los nuevos paradigmas del poder constituyente que surgen desde este contexto.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitucionalismo latinoamericano, Poder constituyente, Democracia

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se desenvolve a partir do estudo sobre os aspectos do processo de ativação do Poder Constituinte na América Latina no intitulado “novo constitucionalismo latino-americano” que vêm chamando a atenção da doutrina constitucional que aponta para um *quarto momento constituinte* (PASTOR; DALMAU, 2013) nestes países.

O direito constitucional na América Latina até fins do século XX teve as suas teorias e o desenvolvimento de Constituições inspiradas na tradição norte-americana e europeia. No entanto, a insatisfação social diante da instabilidade institucional, política e econômica da América Latina e a manutenção do *status quo* dominante, desencadearam a mobilização popular, que passou a reivindicar um novo paradigma de poder.

A vontade popular é pela participação direta do povo na elaboração e aprovação das Constituições e uma participação mais efetiva no cotidiano democrático, com o exercício do controle dos poderes estatais e das decisões tomadas pelos representantes políticos. Quer, assim, abandonar a tradicional Constituição racional normativa, na perspectiva do liberalismo democrata, que compreende o direito como aquele unicamente oriundo do Estado, para reconhecer as experiências e o conhecimento do povo latino-americano, sob as bases de um Estado plurinacional.

Surge, então, o “novo constitucionalismo latino-americano”, como a sistematização jurídico-política dos diferentes modos com que os povos latino-americanos têm se dado constituições populares e legítimas. Um novo perfil das cartas constitucionais latino-americanas a partir de uma demanda popular por reconhecimento e participação cidadã na vida democrática.

Esse processo vivido pela América Latina pode ser concebido a partir de uma revisão que possui três eixos: uma revisão epistemológica, ao relativizar a influência de categorias teóricas e conceituais externas, sobretudo eurocêntricas – conhecido como pós-colonialismo ou descolonização; uma revisão sócio-política, com a integração de segmentos culturais e sociais anteriormente excluídos dos processos constituinte e governamental; e uma revisão jurídico-normativa, valorizando-se o intérprete como protagonista de uma era em que os direitos alcançam maior eficácia (BOLONHA, 2014).

Partindo disso, o presente artigo objetiva apresentar, utilizando-se de pesquisa qualitativa, com o emprego de livros, artigos científicos, dissertações, e legislação pertinente, a dinâmica de ativação de processos constituintes em países latino-americanos, que são considerados pelos constitucionalistas, como aqueles que, a partir do protagonismo

democrático legislativo, gestaram Cartas Constitucionais consentâneas com a sua realidade política e social, em que instituições e procedimentos políticos são mais igualitários e essencialmente democráticos. Trata-se de dois países, Equador e Bolívia, que estão inseridos no terceiro ciclo do “novo constitucionalismo latino-americano” e que entende o povo como parte integrante do Poder Constituinte e propõe uma refundação do Estado a partir do reconhecimento da plurinacionalidade da sua formação.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA TRADICIONAL DO PODER CONSTITUINTE

A possibilidade de instaurar uma nova ordem constitucional verifica-se com o poder constituinte, instituto consequente do constitucionalismo contemporâneo que permite uma nova abordagem interpretativa para a ordem jurídica, onde existe a possibilidade de rompimento (destaca-se: abrupta ou pacificamente) com o ordenamento vigente e/ou modificação no texto atual, pois a lógica constitucional:

[...] é a lógica da *pirâmide geométrica*. A ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a constituição no vértice da pirâmide. Em virtude desta posição hierárquica ela actua como fonte de outras normas. (CANOTILHO, 1998, p. 1.026)

Tendo em vista que a titularidade do poder constituinte é conferida ao povo, conforme os princípios democráticos, para que haja o seu efetivo exercício deve ser respeitada a manifestação de vontade e o consentimento dos que a ele estão submetidos, onde em essência:

[...] o poder constituinte consiste na capacidade de elaborar uma Constituição e de determinar sua observância. Nessa acepção, consiste ele em uma situação de fato. Todo exercício de autoridade, no entanto, precisa ser justificado, necessita de um fundamento que o legitime [...] (BARROSO, 2015, p.146)

É a partir desse movimento, portanto, que nasce a Constituição, que na concepção de Ferdinand Lassale (2001), tradicionalmente intitulada de concepção política de constituição, a Constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem um país. Ela expressa as relações de poder dominantes na sociedade: poder militar, social, econômico e intelectual, assim, esses fatores reais que formam a Constituição real do país.

Existe, ainda, uma umbilical ligação entre esses fatores reais de poder e a Constituição jurídica, pois no momento em que são incorporados a um papel, não são simples

fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito, instituições jurídicas que detêm legitimidade (LASSALE, 2001).

Importante lembrar, também, as lições de Konrad Hesse (1991, p. 2), que relativiza as ideias de Lassale ao condicionar a autonomia da Constituição: “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”.

Hesse apresenta uma concepção que pode ser considerada uma síntese das diversas concepções modernas de Constituição, ao defini-la como “ordem jurídica fundamental, material e aberta da comunidade”, sustentando a necessidade de existir uma coincidência entre a realidade e a norma constitucional e uma ficção – uma força normativa da Constituição – para assegurar a eficácia da Constituição jurídica, pois em seu âmbito inexistiria uma garantia externa para garantir os seus preceitos.

Assim, Constituição seria muito mais que o reflexo das condições fáticas de sua vigência, como proposto por Lassale, mas um fenômeno com três vertentes que originam a vontade da Constituição:

a) necessidade e valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio; b) esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (deve estar em constante legitimação); c) essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. (HESSE, 1991, p. 4)

O objetivo é que a Constituição reflita os anseios sociais e seja constantemente legitimada por seu povo, veiculando consensos mínimos da sociedade. Essa Constituição deve possuir a força e legitimidade suficientes para que a ordem que dela emana possui a solidez necessária para proteger o Estado contra o arbítrio.

Uma constituição não deve ser apenas um documento político, fundador e organizador do Estado, mas, para além de seu aspecto formal-normativo, deve ser o reflexo da sociedade e de todas as vivências e culturas que a formam. Sobre o sentido da constituição para uma comunidade, ensina WOLKMER (2013, p. 19):

A constituição não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade. Enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas. Assim, toda sociedade política tem sua própria constituição, corporalizando suas tradições, costumes e práticas que ordenam a tramitação do poder.

Neste sentido, é importa lembrar as lições de Peter Häberle (2002) sobre a importância da cultura na formação constitucional de um país, sendo que o poder legítimo de um Estado decorre de fatores culturais e a Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade da realidade. “Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz [...]” (HÄBERLE, 2002, p. 34).

1.1 Poder Constituinte: teoria tradicional

Apresentada por Emmanuel Joseph Sieyès, para esta teoria tradicional, atualmente majoritária na doutrina constitucional, o Poder Constituinte possui características diferenciadoras dos outros poderes, pois considera o Poder Constituinte como: inicial, ilimitado, incondicionado, indivisível e permanente.

A teoria tradicional considera o Poder Constituinte como inicial pelo fato deste poder instaurar uma nova ordem jurídica, rompendo com o ordenamento anterior, entretanto, ele quase nunca é deflagrado em um cenário de ruptura radical, podendo ser originado de transições pacíficas, a exemplo da Constituição da República brasileira de 1988.

Sieyès afirmou ser o Poder Constituinte juridicamente ilimitado e incondicional em virtude de não se vincular às limitações bem como não se submeter à legislação anterior. A noção de indivisibilidade proposta por Sieyès denota a impossibilidade de fragmentariedade da soberania.

Se o que lastreia o poder constituinte é a soberania popular, é possível conceber um cenário em que haja uma intensa mobilização do povo no sentido de ruptura com apenas parte da ordem constitucional vigente, sem que se pretenda romper com outras partes da Constituição. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 224)

Para a teoria tradicional o fato do Poder Constituinte não se exaurir com a formação da Constituição, ela se caracteriza como permanente, visto que a soberania popular subsiste e permanece latente na sociedade, podendo ser convocada pelo povo a qualquer momento, dando-se uma nova Constituição. Como também busca a permanência ativa no processo de interpretação da constituição, um verdadeiro protagonista de sua concretização.

Não há dúvida, portanto, que a elaboração do texto constitucional é condicionada pela realidade que lhe é subjacente (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012), até para que se possa evitar o hiato constitucional, que se “caracteriza como uma verdadeira lacuna, intervalo interrupção de continuidade”.

Apesar da atual soberania do Poder Constituinte pertencente ao povo, pode-se analisar que, historicamente, ocorreram algumas modificações em relação à titularidade do Poder Constituinte no decorrer da evolução do processo interpretativo, visto que, primeiramente, a legitimação se verificou por meio da força bruta (onde a força física se tornava uma forma de dominação autoritária).

Posteriormente, ocorreu a atribuição da titularidade para o divino como forma de justificativa para o poder máximo, assim como aconteceu de maneira similar na fase da soberania do monarca, onde este era considerado como o verdadeiro titular do Poder Constituinte. E, por fim, veio o advento da concepção de que a titularidade do Poder Constituinte deve ser atribuída ao povo, por meio da soberania popular (BARROSO, 2015).

Tal soberania popular pressupõe o entendimento de que é justamente a autonomia pública que legitima a titularidade do poder, pois as normas jurídicas são elaboradas por seus próprios destinatários, pois:

[...] é fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo preexistente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. (BARROSO, 2015, p.150)

Portanto, ao analisar o constitucionalismo contemporâneo, o que se verifica é a unanimidade do entendimento de que é o povo o titular do Poder Constituinte. Todavia, a história constitucional revela-nos momentos em que os textos constitucionais, apesar de invocar a participação do povo, são construídos de costas para a comunidade, de maneira não legitimamente democrática.

Assim, o Poder Constituinte, que tem no povo seu titular é o “sujeito de fundação da constituição material” (NEGRI, 2002, p, 44). No entanto, esse constitucionalismo moderno surgiu da necessidade burguesa de segurança nas relações econômicas (MAGALHÃES, 2013) e não como um produto direto dos anseios populares que, diante da possibilidade de desencadear o processo de ativação constitucional, produziriam cartas constitucionais que efetivamente refletiriam a realidade social, sendo capaz de transformá-la.

Foi esse movimento constitucionalista que ancorou na América Latina. As cartas constitucionais produzidas após a independência das colônias ocorreram com o olhar voltado para a realidade europeia e norte-americana. Ao exportar conceitos definidores das instituições do Estado e da vida política dos países latinos, o povo permaneceu distante do

processo de ativação constitucional. O Poder Constituinte, como manifestação da soberania popular, surge e constrói novas ordens constitucionais garantindo a manutenção dos grupos dominantes dos sistemas político, social e econômico, sem permitir a participação e o empoderamento de classes historicamente excluídas desses sistemas.

No entanto, a turbulenta história institucional da América Latina revigorou-se com os processos de redemocratização vividos a partir da década de 1980. Desse contexto, surgem as Assembleias Constituintes transformadoras, ativadas diretamente pelo povo, que organizados politicamente, em uma tentativa de reapropriação do poder normativo, busca construir de outra maneira a relação de poder com o Estado, criando-se um novo modelo de Estado.

2 OS PROCESSOS CONSTITUENTES NA AMÉRICA LATINA

Para compreendermos melhor este “novo constitucionalismo latino-americano” a partir da ativação dos processos constituintes em países onde o processo ocorreu por meio da iniciativa popular, ao enfrentar o *status quo* vigente, as oligarquias e os grupos que tradicionalmente dominavam os sistemas político, social e econômico da Nação, é necessário compreender o fenômeno que vem sendo chamado de descolonização¹.

Na história latino-americana, as constituições foram redigidas e promulgadas a partir da adoção de institutos político-jurídicos tipicamente europeus e/ou norte-americanos, sem levar em consideração a realidade social dos países locais.

Desse modo, a América Latina, mesmo após os processos de independência, permaneceu como uma continuidade de domínio europeu. Agora, não estamos em uma submissão direta à metrópole, mas submetido a um modelo de sistema normativo e econômico imposto e que subjogou a cultura e conhecimento aqui existente. Sobre essa dependência ideológica e de conceitos, reflete SOUZA (1989, p. 139):

A América-Latina (como também a África e a Europa Oriental) padeceu sempre da falta de ferramentas teóricas ajustadas às suas especificidades. Não somente a dependência ideológica, mas também a dependência de conceitos criados em outros contextos e circunstâncias. É importante

¹ *Descolonização, decolonização* ou mesmo *pós-colonialismo*, são diversos os termos e que desejam expressar um único sentido: “significa uma perspectiva crítica, que pretende mostrar que as relações coloniais de poder até então vigentes iam mais além do domínio econômico-político e jurídico administrativo. Elas estavam arraigadas inclusive nas dimensões epistêmicas e culturais, a partir das quais se firmava a superioridade cognoscitiva dos postulados entre relações de superioridade e inferioridade entre a Europa e a América Latina, cujos conhecimentos são considerados inferiores, subalternos, e que devem ser silenciados e omitidos.” (LINI, 2014, p. 11)

trabalhar no sentido de encontrar paradigmas capazes de dar conta daquilo que é próprio.

É na busca de novos paradigmas capazes de atender as demandas da vida social e de empoderamento do povo historicamente dominado, haja vista que o colonialismo “foi também uma dominação epistemológica, uma relação extremamente desigual de saber-poder” (SANTOS, 2010, p. 44), que surge este constitucionalismo transformador latino-americano.

Leal e Vieira (2013) explicam as inovações do “novo constitucionalismo” a partir da proposta das Epistemologias do Sul, formulada por Boaventura de Sousa Santos².

O projeto das Epistemologias do Sul surge a partir da constatação de que, apesar da multiplicidade cultural do mundo, ao longo da modernidade o modelo epistemológico da ciência moderna imperou como a única forma de produção de conhecimento, impedindo, dessa forma, a emergência de formas diversas de saber (LEAL; VIEIRA, 2013).

São essas formas de imposição do saber que estabeleceu um monopólio do conhecimento que contribuiu para a exclusão e o silenciamento dos povos latino-americanos. É nesse sentido que o novo constitucionalismo representa uma ruptura com a concepção clássica de direito constitucional e teoria política.

A movimentação popular surge de grupos da classe trabalhadora, comunidades de base e organizações da sociedade civil que buscam o restabelecimento da democracia no período de grande mudança no cenário político da América Latina. Foi no período de redemocratização, a partir do final dos anos 1980, que as forças populares lutaram contra o retrocesso social e, apesar da conjuntura complexa e diversa das questões históricas, políticas e jurídicas, a ativação constitucional nos países latino-americanos pretendeu algo em comum, qual seja, a elaboração de um texto constitucional efetivo, democrático e emancipador.

As cartas constitucionais devem ser destinadas ao cidadão e originadas dele. O governo, portanto, deve se sustentar verdadeiramente na soberania popular. Esse novo paradigma de poder promove a participação direta do povo na elaboração e aprovação das Constituições e uma participação mais efetiva no cotidiano democrático, com o exercício do controle dos poderes estatais e das decisões tomadas pelos representantes políticos.

A evolução constitucional latino-americana é sistematizada por Raquel Yrigoyen Fajardo (2011) em três ciclos: o ciclo do constitucionalismo multicultural (1982-1988), do

² Sobre a expressão “Epistemologias do Sul” explica Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 44): “Trata-se do conjunto de intervenções epistemológicas que denunciam a supressão dos saberes levada a cabo, ao longo dos últimos séculos, pela norma epistemológica dominante, valorizam os saberes que resistiram com êxito e as reflexões que estes têm produzido e investigam as condições de um diálogo horizontal entre conhecimentos. A esse diálogo entre saberes chamamos ecologias de saberes”.

constitucionalismo pluricultural (1989-2005) e o ciclo do constitucionalismo plurinacional (2006-2009).

Sobre o primeiro ciclo do constitucionalismo multicultural (1982-1988), Leal e Vieira (2013) explicam que, nesse ciclo, as Constituições introduziram o conceito de diversidade cultural e o caráter multicultural e multilíngue da sociedade, além da garantia de alguns direitos indígenas, não havendo ainda um reconhecimento explícito do pluralismo jurídico.

O segundo ciclo é o do constitucionalismo pluricultural (1989-2005), nele, as Constituições reafirmam o direito à identidade e diversidade cultural e desenvolvem os conceitos de “nação multiétnica/multicultural” e de “Estado plurinacional”.

Pluralismo e diversidade cultural se convertem em princípios constitucionais e permitem fundar os direitos dos indígenas assim como dos afrodescendentes e outros grupos. Esses direitos incluem a oficialização dos idiomas indígenas, a educação bilíngue intercultural, o direito sobre as terras, a consulta e novas formas de participação. (LEAL; VIEIRA, 2013, p. 5)

Nesse segundo ciclo, o processo constituinte colombiano é considerado o marco da nova era constitucional na América Latina, com a clara ativação da cidadania através do processo constituinte.

[...] foi o processo constituinte colombiano, que deu como fruto a Constituição Política da Colômbia de 1991 onde, ainda que de forma imperfeita porém claramente reconhecível, aparecem algumas das características que mais tarde impregnarão os processos constituintes equatoriano e venezuelano, e que dão início ao novo constitucionalismo latino-americano. (PASTOR; DALMAU, 2013, p. 51)

Pastor e Dalmau (2013) explicam que até a Constituição Colombiana, os processos constituintes foram desenvolvidos, em boa parte e seguindo o exemplo europeu, de costas para a população. Dessa forma, a Assembleia Constituinte Colombiana representou um antes e um depois nas *formas constituintes latino-americanas*.

Foi a Constituição Colombiana de 1991 que ativou a soberania do povo, uma iniciativa social que acendeu a faísca da Assembleia Constituinte (DALMAU, 2013) e contribuiu para o desenvolvimento do “novo constitucionalismo latino-americano”, que em seu terceiro ciclo tem as Constituições do Equador e da Bolívia como autênticos modelos de ativação constitucional popular e democrático.

3 NOVOS PARADIGMAS DO PODER CONSTITUINTE: AS EXPERIÊNCIAS RECENTES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

3.1 O processo constituinte boliviano

O processo constituinte boliviano eclodido de movimentos populares de 2007 a 2009, consolidou-se com o referendo de 18 de janeiro de 2009 e é considerado o mais complexo da história latino-americana (DALMAU, 2011), inaugurador de um período político de insurgência e transição de paradigmas (FAGUNDES, 2013).

A ativação constitucional ocorreu através da efetiva mudança, com a participação de sujeitos que jamais tinham participado de maneira significativa das instituições do Estado e das decisões de poder. Foram movimentos sociais, partidos políticos que nunca tinham possuído grande expressividade de poder e participação, e representantes indígenas, pois, apesar de a população boliviana ter uma significativa parcela com autodefinição indígena³, o seu modelo de economia, organização social e política e a identidade cultural sempre foram admitidas no cotidiano da Nação de forma tímida e deficiente.

A Constituição Boliviana propõe, então, a refundação do Estado, com a convivência entre os diversos elementos da sociedade e a inclusão dos povos indígenas e de outros grupos historicamente discriminados como atores sociais deste Estado fundado na plurinacionalidade.

Sobre esta nova concepção de Estado e convivência, em um mesmo texto constitucional, de diferentes elementos e ideias, como uma aposta para a regeneração democrática, opina o constitucionalista espanhol Rubén Martínez Dalmau (2010, p. 18):

Com todo, lo cierto es que con la victoria del sí en el referéndum del 18 de enero de 2009 se puso fin a un proceso constituyente extremadamente difícil en su consecución. La aprobación de la Constitución boliviana plantea un cambio radical en el país. Es la primera Constitución legitimada directamente por el pueblo, y un ejemplo claro del nuevo constitucionalismo latinoamericano. El carácter plurinacional del Estado, la convivencia de elementos liberales con indígenas, la apuesta por la regeneración democrática, el valor de los derechos sociales, el papel del Estado en la economía, etcétera, plantean en definitiva un texto que no pasará desapercibido en la historia constitucional. Difícilmente podría ser de otra manera, por cuanto las formas de legitimidad, las reivindicaciones constituyentes, la *necesidad* de una regeneración del país y la búsqueda casi desesperada de respuestas reales a problemas reales son comunes con otras experiencias latinoamericanas.

A fórmula do Estado-nação ignorava a cultura dos povos originários, desconsiderando a sua base multiétnica, ao estabelecer um modelo hegemônico. Essa nova

³ Proner (2013) explica que, de acordo com o Censo Nacional de População e Moradia de 2001, a Bolívia tem 40% da população com autodefinição indígena, 68% de autodefinição étnica como mestiços, 18% de indígenas-originários e 37% de brancos.

Constituição boliviana reconhece e funda o Estado sobre a pluralidade e o “pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país” (art. 1º da Constituição da Bolívia).

Boaventura de Sousa Santos identificou cinco novidades do processo constituinte boliviano: uma nova instituição, a plurinacionalidade; uma nova legalidade, o pluralismo; uma nova territorialidade, as autonomias assimétricas; um novo regime político, a democracia intercultural; e novas subjetividades, individuais e coletivas, de povos, comunidades e nações (SANTOS, 2010, p. 57)

Essa renovação do processo constituinte na Bolívia é um exemplo exitoso do uso do âmbito jurídico-normativo da Constituição e seu papel de regular a vida social e estabelecer as bases jurídico-políticas da sociedade pelos movimentos populares, ou seja, mobilizar as estruturas de poder, que tradicionalmente ocuparam o papel de criadora e mantenedora de privilégios, para transformar o Estado e a relação de poder estabelecida entre ele e a sociedade.

3.2 O processo constituinte equatoriano

O Equador é considerado, geograficamente, um pequeno país, com 256 370 km² de território e composto por cerca de 15 milhões de habitantes, mas a história do movimento popular e o desenvolvimento de uma nova Constituição em 2008 inseriu o país neste novo ciclo do constitucionalismo latino-americano que se destaca pela perspectiva plurinacional.

O ciclo do constitucionalismo pluricultural, que culminou, no Equador, com a Constituição de 1998, introduziu o reconhecimento dos povos indígenas ancestrais, dos povos negros e afro-equatorianos como parte de um Estado pluricultural e pluriétnico.

No entanto, esta nova Carta não foi suficiente porque não foi capaz de compreender todas as mudanças nas relações de poder do Estado que os diversos setores da população ansiavam. O povo buscava mudanças que incrementassem o cenário político-econômico-social do Equador, por este motivo, proliferaram-se os movimentos sociais no país com demandas por proteção ambiental, reservas indígenas, indenização pela atividade extrativista em bosques amazônicos, reforma agrária, consulta prévia às comunidades indígenas, além do anseio social de uma maior intervenção estatal na economia e nas relações sociais (UNNEBERG, 2013).

O processo de ativação constitucional equatoriano passou por três momentos, iniciando-se com a decomposição do sistema político que obstruía a convocatória da Assembleia, o segundo momento com a aprovação majoritária em referendo popular da Convocação da Assembleia Constituinte e o terceiro com a vitória nas urnas, garantindo maioria na Assembleia, do “*Acuerdo País*”, grupo que pugnava pela necessidade de criação de uma nova Constituição. Surge, assim, a Assembleia Constituinte de Monticristi de 2007 a 2008.

Trata-se, portanto, de ativação constitucional a partir da efetiva mobilização social conclamando mudança no quadro institucional do Equador e que teve turbulências em seu processo de elaboração até a o referendo em 28 de setembro de 2008, oportunidade em que 63,93% dos votos populares disseram sim para a nova Constituição⁴.

A nova Constituição aproximou-se da realidade nacional que se impunha culturalmente diversa e socialmente desafiante. Este é o sentido do artigo primeiro da Constituição equatoriana que afirma o caráter plurinacional e com o povo detentor da soberania, com mecanismos maiores de participação na vida política do país.

Art. 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. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

A plurinacionalidade é o resgate da identidade própria, em que se reconhece a existência de um Estado integrado por várias nacionalidades.

A participação popular é consubstanciada para além da democracia representativa, uma democracia direta e participativa, com mecanismos que inserem diretamente a participação popular na vida política do país (consulta popular, referendo, revocatória de mandato e iniciativa legal). Outro ponto relevante e que demonstra a participação ativa do cidadão é a positivação do direito de resistência⁵, uma medida de legitimação e fortalecimento dos movimentos populares diante do poder público.

⁴ Sobre as mudanças constitucionais no Equador e a movimentação política para a constituinte de 2008: UNNEBERG, Soares Flávia. O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à Constituição Equatoriana de 2008. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

⁵ O art. 98 da Constituição do Equador dispõe: “*Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos*”.

Outra significativa inovação e que rompe com o tradicional modelo da tripartição dos poderes do Estado, concepção de Montesquieu e que orientou a construção dos Estados-Nação no continente latino-americano, é a criação de mais dois Poderes, dividindo-se, portanto, em cinco Poderes do Estado. Assim, além do Executivo, Legislativo e Judiciário, temos o Poder Eleitoral e o “Quinto Poder”, que é o Poder de Transparência e Controle Social, uma instituição popular de controle administrativo.

O Poder Eleitoral é a instância que viabiliza o exercício dos mecanismos de democracia direta existentes, essa função é formada pelo Conselho Nacional Eleitoral e o Tribunal Contencioso Eleitoral.

Já o Poder de Transparência e Controle Social é o responsável por promover e impulsionar o controle das entidades e organismos do setor público, e das pessoas naturais ou jurídicas do setor privado que prestem serviços ou desempenhem atividades de interesse público, para que se realizem com responsabilidade, transparência e equidade. Além disso, tem o papel de fomentar a participação cidadã e proteger o exercício e cumprimento dos direitos, além do combate à corrupção. Tal função é formada pelo Conselho de Participação Cidadã e Controle Social, a Defensoria do Povo, a Controladoria Geral do Estado e suas superintendências, entidades com personalidade jurídica e autonomia administrativa, financeira e organizativa, conforme o art. 204 da Constituição do Equador.

No tocante aos direitos fundamentais há o reconhecimento dos direitos da natureza, inovação constitucional que se torna inspiração para novas Cartas Constitucionais e desafia a sociedade. Em seu preâmbulo, a *Constitución Ecuatoriana* de 2008 anuncia a decisão de “construir uma nova forma de convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o *buen vivir*, o *sumak kawsay*” e, cataloga no Título dos Direitos, no capítulo segundo, como direitos do *Buen vivir*: os direitos à água e alimentação, ao ambiente sadio, à comunicação e à informação, à cultura e à ciência, à educação, ao habitat e à vida, à saúde e ao trabalho e à seguridade social.

Sobre os direitos de Pachamama nos ensina Unneberg (2013, p. 135-136):

Os direitos da natureza ou direitos de Pachamama rompem a lógica antropocêntrica tradicional e apresentam a natureza como sujeito de direitos, inaugurando uma visão biocêntrica, geocêntrica ou ecocêntrica do direito ambiental. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade pode exigir dos entes públicos o cumprimento dos direitos da natureza e o respeito à manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, funções e processos evolutivos.

Essa dimensão dada aos direitos da Natureza reconhece os valores intrínsecos de Pachamama, elevando-a a sujeito de direitos na ordem constitucional.

O novo passo na categoria dos sujeitos de direito previstos na Constituição boliviana é mais uma característica desse novo constitucionalismo emancipador, que além de reconhecer expressamente o caráter plurinacional do Estado, cria novos sujeitos de direito, reordenando o espaço público e a participação de coletividades que estiveram afastadas das arenas públicas de debate. Além disso, a proteção dada aos direitos da Natureza resgata as especificidades latino-americanas, interpretando a realidade a partir de novos paradigmas, em um processo de resgate de uma cultura historicamente marginalizada.

CONCLUSÃO

Para compreendermos os processos de ativação constitucional no cenário latino-americano também é preciso entender a multiplicidade de contextos sociais e históricos desses países que passaram por profundas transformações políticas, econômicas e sociais, em que o as classes populares sofreram o reflexo da dinâmica do controle de poder por grupos que sempre silenciaram na adoção de políticas capazes de melhorar a vida da população e de reconhecer o seu valor intrínseco enquanto povo.

Esse constitucionalismo latino-americano se diferencia do constitucionalismo anterior em seu campo de legitimidade, em virtude da natureza popular de suas Assembleias Constituintes, oriundas das reivindicações populares que questionaram a manutenção do *status quo* vigente e pugnaram por reconhecimento da sua cultura, organização política, social, econômica e jurídica. É nesse cenário que a própria lógica liberal moderna de nação passou a não fornecer os elementos necessários para a vida social desses países.

Desse modo, o desafio que as novas constituições propõem é o de descolonizar todo o Estado, com a construção de espaços plurinacionais efetivos, onde o povo exerça a sua soberania de forma plena, sem discriminações étnicas e culturais.

As novas Constituições da Bolívia e do Equador foram elaboradas por Assembleias Constituintes participativas, com a posterior aprovação popular através de referendo. Trata-se de uma nova categoria de “soberania popular”, ao legitimar o seu exercício para além do processo de ativação constitucional e inserindo-se na gestão cotidiana da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOLÍVIA. Congresso Nacional. **Constituição Política do Estado da Bolívia**. Disponível em: <<http://www.congreso.gov.bo/5biblioteca/index2.html?u=3&s=1>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves. **Laboratório de Estudos teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das instituições**. In: FÓRUM DE GRUPOS DE PESQUISA EM DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DO DIREITO, VI, 2014, Anais. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2014. Anual, 1 CD-ROM.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

EQUADOR. Assembleia Nacional. **Constitucion Política de la República Del Ecuador**. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2015.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: **El derecho en América Latina**. GARAVITO, Cesar Rodriguez (Org.). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. reimp., Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LINI, PRISCILA. **A reconstrução da participação democrática na ativação dos processos constituintes latino-americanos**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=00b99e87221c9afb>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

NEGRI, Antonio. **O Poder Constituinte**: ensaio sobre as alternativas da Modernidade. Rio de Janeiro: Dp&A, 2002.

PASTOR, Rubén Viciano, e DALMAU, Roberto Martínez. **Los procesos constituyentes latino-americanos y el nuevo paradigma constitucional**. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. núm. 25. pp. 7-29. REDALYC – Red de Revistas Científicas de América-Latina, Caribe, España y Portugal. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222977001>. Acesso em: 8 ago. 2015.

PASTOR, Rubén Viciano, e DALMAU, Roberto Martínez. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano**: fundamentos para una construcción doctrinal. Disponível em: <https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construccion_doctrinal>. Acesso em: 14 ago. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em América Latina**: perspectivas desde uma Epistemologia del Sur. Buenos Aires: Antropofagía, 2010.

SOUZA, Ayda Connia. **Democracia, partidos e cultura política na América-Latina**. Porto Alegre: NUPESAL/KUARUP, 1989.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

UNNEBERG, Soares Flávia. O despertar de novos tempos: do processo histórico-constitucional à Constituição Equatoriana de 2008. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). **Constitucionalismo Latino-Americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Crítico e perspectivas para um Novo Constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Orgs.). **Constitucionalismo Latino-Americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.