

TEORIAS E PRÁTICAS CONSTITUCIONALISTAS NO TERRITÓRIO LATINO AMERICANO: CONSTRUINDO E DESCONSTRUINDO UTOPIAS

Maria da Graça Marques Gurgel
(*Panelista y organizadora*)

gracagurgel@uol.com.br

Professora e Investigadora em Teoria da Constituição com foco na América Latina.
GT.TECAL: Teoria da Constituição, Constituições e América Latina.
UFAL – Universidade Federal de Alagoas. FDA – Faculdade de Direito de Alagoas
(BR – Brasil)

Ejes temáticos: Instituciones políticas y conflicto interinstitucional

Trabajo preparado para su presentación en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política, organizado por la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 22 al 24 de julio de 2015.

RESUMO

Na tradição de um constitucionalismo eurocentrado, permeado por alterações legislativas, mudanças políticas e comunicações sociais constantes nas constituições democráticas e pós-ditatoriais, estar-se diante da flexibilização de direitos e pouca concreção dos ainda mantidos. Como reação a essa situação, surgem duas concepções de constitucionalismos: o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. Ressalte-se que, para os efeitos da ineficácia de direitos sociais fundamentais, tem-se como causa os acordos econômicos dos governos considerados democráticos com os organismos econômicos multilaterais. Tais organismos prescrevem paranormatividades que vêm sendo cooptadas pela maioria dos Estados dessa região, na direção da eficiência do Mercado e da maximização de seus lucros. Assim, seja para confrontar ou minimizar os efeitos decorrentes sumariamente descritos, as correntes jus-políticas citadas, articulam-se. Os movimentos sociais representam a utopia do poder constituinte do povo, e, no âmbito do neoliberalismo, reivindicam-se aos juízes e tribunais um poder catalizador das mudanças ocorridas no quadro constitucional democrático e dos direitos ali positivados, face de que, as demandas judiciais têm aumentado para corrigir os desvios nos casos concretos apresentados ao judiciário. Neste trabalho, as categorias dos constitucionalismos presentes no contexto latino-americano são vistas neste trabalho numa perspectiva histórico-material crítica, o que se faz sob a compreensão não só das técnicas como das filosofias e ideologias subjacentes à conexão entre direito, moral e necessidades sociais.

INTRODUÇÃO

1. Sobre a Conjuntura na América Latina Atual

Inegavelmente à América Latina requisita um premente autoconhecimento. Certamente, o autoconhecimento propiciará equações sociais próprias ao conjunto de diversidades e marginalidades deste território. A demarcação maior de marginalidade desta região é sua intensa desigualdade social: grande parte da população vive na pobreza extrema.¹

A exasperar esta situação, o capitalismo atual no seu movimento global de uniformização e expansão trouxe danosos efeitos no aumento de pobres excluídos da produção.² Ao encontro desse resultado, o desencantamento das promessas de que o crescimento econômico geraria mais riquezas e com estas diminuiriam as necessidades sociais.

Na contramão de tais é possível se observar a permanência do desnivelamento social retratado no tratamento político dado às diferentes classes sociais. Consequência disso é que indígenas, afro-descendentes, gêneros diversos e todos aqueles que se encontram na situação de pobreza relativa ou mesmo de extrema pobreza têm tido uma história de esquecimento, de ostracismo político cultural e econômico.

O alheamento às discrepâncias sociais tem gerado uma insatisfação dos segmentos discriminados e uma sociedade individualista e indiferente a esses segmentos. Mecanismos políticos que poderiam conferir igualdade política têm sido pouco ou subutilizados, para além do sufrágio.

Por outra parte, como nos movimentos sociais do mundo, aqui também é frequentemente demonstrada a falta de homogeneidade no tratamento social quando suas desigualdades de acesso e oportunidades são denunciadas como contrariedades cotidianas à igualdade formal dos textos. Nesse sentido, o tempo e o espaço social perdidos exigem meios céleres para que tais perdas não permaneçam fora da discussão das estruturas de poder, e ganhem nas participações políticas visibilidade e reconhecimento olvidados. (BENSAÏD:2010.pp15-51).³

Na hipótese da América Latina, por exemplo, além de pontuais reivindicações sobre o rebaixamento dos salários, os subcontratos terceirizados e outras questões que envolvem as necessidades materiais, tais questões se somam as marginalidades simbolizadas sob o aspecto cultural colonizado há várias gerações com de muitas

¹ Para Pierre Salama, a pobreza absoluta se dá quando a pessoa não dispõe de meios para se reproduzir, mediante o consumo de determinado nível de calorias, sendo medida que concerne aos países em desenvolvimento. Já a pobreza relativa, é aquela em que a pessoa dispõe de um rendimento monetário abaixo de 50% (cinquenta por cento) do rendimento mediano, referindo-se quase, exclusivamente aos países em desenvolvimento. *In_ pobreza_luz_no_fim_do_túnel@br.pierresalama.pdf* adobe acrobat.DC. Acesso em 08.06.2015

² Salama e Valier cita que, para o Banco Mundial o "El buen funcionamiento de los Mercados engendra a menudo y de forma natural una mayor injusticia social" e quanto as reformas estatais, esse Banco entendia que, se estas não houvesse haveria um retrocesso na pobreza da região. Contra essa opinião, afirmam os autores que o mercado não é uma instância autorregulada e sim uma instância que necessita de condições sociais para seu funcionamento. E, citam Kervegan, quando este autor se reporta a Hegel, ao dizer: "Al representar el estado como una excrecencia residual o como el producto de nuestro vicios, **la abstraccion liberal** corre el peligro de volver imaginario o que desea prover: el mundo social. No le queda, entonces, mas que la fábula" (1991:67) *In Neoliberalismo, pobreza y desigualdades en el Tercer Mundo*.p172.

³ Daniel Bensaïd sobre os movimentos sociais, confere que estes atuam "(...) como caja de velocidades de temporalidades discordantes y como escala móvil de espacios desarticulados, la lucha política determina su unidad, aún provisoria, desde el punto de vista de la totalidad" *In Democracia, ¿en qué estado?* Giorgio Agamben Alain Badiou(orgs), Daniel Bensaïd; et .al. Buenos Aires:Prometeo Libros, 2010.pp.15-51)

discriminações. Tal soma, trazem implicações no desamparo social dos segmentos discriminados.

Trata-se de uma cultura que se vincula à ideia de colonização da América Latina. Sua autonomia, sempre à margem das concepções hierárquicas, tem sido encaminhada a protagonizar também, institucionalmente, menos garantias e poderes aos desiguais no âmbito econômico. Para o direito político é na participação das decisões (de interesses gerais e específicos) que são lançadas as expectativas de uma construção eficientemente redutível às discriminações negativas.

São demandas que ocorrem por diversos fatores que se acentuaram após as reformas estatais inspiradas na *Lex Mercatorum*. Focadas em reduzir direitos trabalhistas protetivos, segurança jurídica dos servidores da administração estatal, reduzir as garantias processuais penais, interferir nos valores da administração de justiça dos Estados e outros direitos, o fizeram e permanecem a fazer sob o argumento de que, com isso os países em desenvolvimento ajustariam os seus orçamentos internos e a administração iria conferir efetividade nas respectivas metas de serviço público.⁴ Somou-se a esse argumento a ideia de que a aposentadoria e outros benefícios decorrentes do serviço público, vigentes até então, deveriam obedecer às novas regras, cujo prospecto moralizador atilava contra a ineficiência administrativa estatal e a eficiência de Mercado.

A promessa de retorno dos investimentos sociais após o crescimento econômico tem sido descumprida apesar dos altos lucros alcançados pelo Mercado. Assim, a par do encolhimento estatal, os Estados se sujeitaram às novas diretivas concernentes a privatização e a terceirização de empresas e serviços públicos, substituídos por agências reguladoras. Em decorrência dessa escolha, os serviços aumentaram o número de usuários, decaíram na qualidade de suas prestações e, seus contratados, seguidamente, direcionam-se ao setor informal, ao subemprego e mesmo ao desemprego.

Resultado: os maiores beneficiários das políticas transnacionais são os capitalistas internacionais Tudo isso ocorre sem que haja uma séria intervenção estatal ou, global, que contenha os abusos decorrentes do implemento neoliberal.⁵ As crises de representatividade dos partidos políticos e de efetividade das constituições dos Estados nacionais deste território têm dado sua parcela de contribuição aos abusos aludidos: 1. as decisões dos parlamentos ao invés de representar os interesses dos seus representados, implementam a política *pro* Mercado, oferecendo sua interposição legislativa não para efetivar direitos fundamentais sociais/individuais, mas, para despotencializá-los; 2. a segunda situação, diz respeito as leis a que as constituições democráticas se remetem como um **dever de legislar**, cujo descumprimento é a **omissão legislativa inconstitucional**; 3. os administradores permanecem sem cultivar a boa gestão, e, nem ao menos responder aos administrados sobre as políticas previstas constitucionalmente e não executadas por esse poder, o que faz com a violação do princípio da responsividade, outra omissão de transparência administrativa ao modo de dar sustentáculo aos bens positivados na Constituição.

A maioria da governabilidade dos Estados-nação, por suas chefias, tem sido omissa ou conivente, na medida em que se submetem as determinações externas. É coerente que, à míngua de participação popular ocorra uma desconfiança em face dos governos não estabelecerem um diálogo com os segmentos organizados, nem utilizar-se dos já positivados mecanismos de participação direta do povo.

⁴ Confirma-se a nova Medida Provisória (nº676/2015) ato da alçada da Presidente do Brasil, com base na expectativa de vida e para não sobrecarregar a Previdência Social, no BR, além da idade se soma o tempo de contribuição com um fator previdenciário a ser somado à partir de 2017.

⁵ Veja-se essa possibilidade descrita em artigo do constitucionalista brasileiro Clémerson Merlin Cléve, **Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração** In Revista Crítica Jurídica –Nº25, Jul/Dez,2006.pp.1-12.

As manifestações, protestos, greves, reaparecem a partir dos anos de 1990 e criam um espaço público provisório de repúdio muitas das vezes expressando-se difusamente sobre o alijamento de seus poderes. É em face do *vacuum* de debate público, da insuficiente participação nas decisões que afetam diretamente os segmentos majoritários e do pouco investimento sociais sobre os bens constitucionais que as demandas pela provisão dos direitos se assentam e passam a ser encaminhadas ao Poder Judiciário.

Consequência disso é que o judiciário da América Latina (principalmente no Brasil, Argentina e no México, que possuem constituições análogas) concentra as multi-questões que envolvem direitos fundamentais em várias áreas e níveis do sistema. É de se perguntar: seria isso uma estratégia de contemporizar as possíveis críticas às inércias dos demais poderes? Na América Latina, esse assunto tem sido discutido também por doutrinadores críticos do Direito.⁶ É que, apesar da ampliação de suas tarefas expandindo os seus poderes o judiciário não tem se organizado no sentido material que poderia dotar melhor atendimento. Tampouco sua funcionalidade dá conta de diminuir os conflitos concretos.

De fato, não estamos sós sobre essa conclusão. Em texto publicado em 2004, a ação das potências externas em face dos Estados Latino-americanos foi explicada por um ex-Presidente da FLAM (Federación Latinoamericana de Magistrados), nos seguintes termos:

“(…) criou-se a falsa ideia de que nossos países não têm capacidade de poupança interna e, portanto, somente podem crescer (ou até mesmo se manter) mediante a ajuda do capital externo. E, para obter capital externo, a constituição e as leis devem ser adequadas ao modelo definido por estes organismos internacionais, pois a eles o que interessa é a garantia de que os valores aqui investidos tenham retorno premiado por lucros fantásticos (...). O exemplo mais gritante da tática atualmente adotada está devidamente **comprovada pelo documento emitido pelo Banco Mundial, sob o título O setor judiciário na América Latina e no Caribe-elementos para reforma. Refiro-me ao Documento Técnico 319, da mencionada agência financeira internacional, cuja primeira edição data de 1996 (...)** A proposta é de reforma geral, com superficiais adaptações às peculiaridades de cada país (...) sempre com o mesmo objetivo, a mesma lógica, qual seja **quebrar a natureza monopolista do Judiciário, oferecer melhor garantia ao direito de propriedade e propiciar o desenvolvimento econômico e do setor privado, fragilizando a expressão institucional do Poder Judiciário e tornando-o menos operante nas garantias de direitos e liberdades, desde que estejam em jogo as necessidades do capital, sobretudo o internacional (...)** nenhuma ataca efetivamente as causas do mau funcionamento da Justiça dos nossos países, entre as quais se encontram o excesso legislativo, a violação reiterada da Constituição e das normas legais pelo Poder Público, a falta de recursos orçamentários para serem invertidos na melhoria material e do pessoal, com remuneração digna e atualizada, a falta de independência funcional, administrativa e financeira do Judiciário, agravada pela instabilidade gerada pelo modo de recrutamento e a incerteza da confirmação dos magistrados que, em alguns países, fica a critério discricionário das cúpulas, assim como a formação das Cortes Superiores, ausente às vezes até mesmo a prerrogativa da inamovibilidade. A maior evidência de que o modelo proposto vem sendo quase que imposto aos países latino-americanos (e docilmente “aceito”) é que todos os projetos de reforma em diferentes países, são praticamente idênticos, tendo iniciado todos na mesma época, sem que tenha havido qualquer debate interno pelo menos com os órgãos do Judiciário(…)” (SPODE;2004.p.73-77) grifou-se.

As diretivas globais edificam um modelo que hipertrofia o judiciário e o desvia de sua funcionalidade, como veremos adiante. O programa impõe ao judiciário uma

⁶ Conferir em Plauto Fáraco de Azevedo, Antonio Carlos Wolkmer, Oscar Corrêas, Gonzalo Ramírez Cleves

amplitude decisória intersubjetiva que é recalcitrante às implicações dos deveres dos demais poderes. O abarrotamento processual e os limites materiais ao acesso à justiça são insuficientemente considerados e a jurisdição, na maioria dos casos, não se entrelaça com o fim do conflito concreto de modo a não gerar mais conflitos sucedâneos aquele.

Há o cumprimento de procedimentos, porém, com alcances meramente formais. Em boa parte isso ocorre em face de que os valores atuais que instruem grande parte do judiciário é o de resolver as demandas em números. No entanto, as muitas outras dificuldades que perpassam desde a insuficiente formação de juízes para decidir casos difíceis em que seus resultados implicam custos orçamentários ao erário público, até à ausência de infraestrutura e de recursos humanos, como citado pelo ex-Presidente da FLAM, demonstram que esse poder tem sido direcionado por um logicismo que não se compraz com a efetividade dos direitos fundamentais sociais e individuais, exceto, os que se alinham à liberdade a propriedade e a liberdade negocial do proprietário. Seja porque dominante os pensamentos conservadores e parcimoniosos do passado; seja em razão da dieta autorrestritiva que inibe parte do judiciário em alcançar a Constituição, mediado por uma compreensão material dos novos direitos fundamentais. (KRELL.2004:pp37-50)⁷.

De modo que, nessa pequena “moldura” social alguns dos resultados descritos que são representativas dos desvios de mal governo e contrários à administração de justiça na América Latina, não nos conduz ao *buen vivir*⁸ às camadas sociais mais necessitadas, o que significa para a dimensão jurídica um dano somente reparável com a autoconsciência latino-americana, sua descolonização e emancipações juspolíticas, como nos orientam alguns jusfilósofos do direito político. Importante também que se veja a amostra que se segue. Tratam-se de dois gráficos dos panoramas sociais de 2014 da América Latina (CEPAL) relativo a população de 19 países latino americanos, incluindo-se o Haiti e, excluindo-se Cuba, sobre **a pobreza** e **a indigência** em percentuais e em milhões de pessoas. Gráficos que se analisou para demonstrar a inadequação das políticas mundiais para essas populações, dentro dos períodos assinalados.

No primeiro gráfico (à esquerda), tem-se duas colunas verticais ilustrativas que se cruzam com os percentuais de 0,0 (zero) a 70% (setenta por cento) da população, sendo que, nas colunas verticais menores (azuis), encontram-se os percentuais de indigentes, enquanto nas colunas maiores (amarela), encontram-se os percentuais de pobres.

No segundo gráfico (à direita), o demonstrativo é de milhões de indigentes, representados nas colunas amarelas e de milhões de pobres, representados nas colunas lilás.

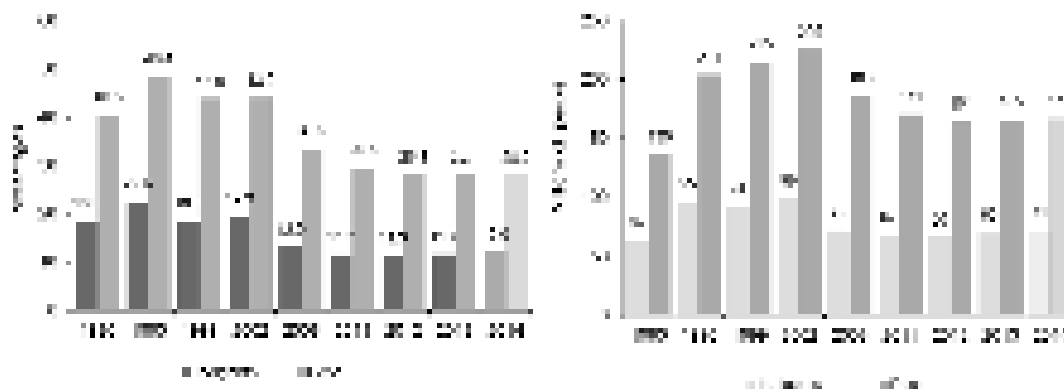
Relativamente ao período demonstrado nos gráficos que se seguem, verifica-se que vai de 1980 a 2014. Ou seja, em plena aplicação das políticas neoliberais voltadas para o Mercado e para o crescimento econômico.

⁷ Ver a exploração do tema da auto restrição funcional do judiciário, principalmente na áreas do controle dos atos administrativos em Andreas Krell. *Discricionarieidade Administrativa e proteção ambiental; o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Ec. 2004.p 37 e ss.

⁸ Conferir em Juan Ramos Mamani que se trata de uma Teoria política e constitucional de alternativas inclusivas das diversidades, em permanente construção, frente a tradição política. *Nuevo Constitucionalismo Social Comunitário desde America Latina*. Jose Luis Bolzan de Moraes & Flaviana de Magalhães Barros(coord) *In Novo Constitucionalismo Latino-Americano: O debate sobre novos sistemas de justiça, ativismo judicial e formação de juízes*. Belo Horizonte: Arraes Ed.Ltda.2014.pp1-17.

Latin American Poverty and Indigence, 1980-2014*

(in percentage and millions of people)



Source: Observatorio Económico de América Latina y el Caribe (OEALC). Latest available data for all countries of the world available in the region (1980-2014).

* Figures correspond to 10 Latin American countries: Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador,

Costa Rica, Cuba, Guatemala,

Analisando-se os dois gráficos, verifica-se que, o primeiro gráfico (à esquerda) tem nas suas colunas a representação da população em **percentuais de pessoas** que estão na indigência e pobreza. Neste primeiro gráfico, observa-se que, durante a década seguinte a 1980 houve um aumento de indigentes no percentual de 4% da população indigente, retomando-se ao percentual de 1980, no ano de 1999 e vindo a aumentar em 2002 o percentual de indigência em 0.7% por cento, só vindo a rebaixar esse percentual em 2008, quando o percentual de indigente diminuiu de 19.3% para 12.9%, ou seja, em 6.4% de indigente. Nos anos de 2011, 2012 e 2013, pouca foi a diminuição em percentual de indigentes em face da população analisada, sendo a variação de apenas 0.53%, vindo a se fixar, em 2014, em 12.0% (doze por cento) a população representada por indigentes.

Relativamente a representação dos percentuais de pobreza sobre essa população tem-se que, no ano de 1980, essa população que correspondia a 40.5% (quarenta ponto cinco por cento) de pobres, na década seguinte aumentou em 7.9% (sete ponto nove por cento) de pobres. Entre os anos de 1999 a 2000 houve um pequeno aumento de 0.1% (zero ponto um por cento) da população de pobres, baixando em 2008 para 33.5% (trinta e três ponto cinco por cento), o que significou uma diminuição da população pobre em percentual equivalente a 10.4% (dez ponto quatro por cento).

Importante registro deve ser feito; é que os programas sociais redistributivos estatais (independentes do Mercado, portanto) à população mais vulnerável se inicia à partir do ano de 2000 nos governos da América Latina e se acentua com a crise das políticas neoliberais à partir de 2008. De modo que, só em 2011 houve uma diminuição da pobreza de 33.5% para 29.6%, significando que houve uma diminuição de 3.9% (três ponto nove por cento), da pobreza, vindo a decrescer em 2012 1.5% por cento e se mantendo até 2014 com a variação de apenas 0.66% (zero ponto sessenta e seis por cento) de redução de pobreza, nesse período.

No segundo gráfico (à direita), tem linhas correspondentes a **quantis de milhões de pessoas** que estão na indigência e pobreza. Ambos os gráficos correspondem a mesma população. A população de indigentes **em milhões** de pessoas aumentou de 62 milhões de pessoas para 71 milhões de pessoas indigentes do ano de 1980 a 2014. Isso é o que demonstra o 2º gráfico. Representando **a população de pobres em milhões de**

peças, tem-se que, em 1980, havia 136 milhões de pobres e em 2014, passou a existir 167 milhões de pobres, o que resulta que a população de pobres aumentou no período de 34 anos em 31 milhões de pobres.

Assim, é possível observar nesta e em outras análises que: o crescimento econômico com a permanência das desigualdades não melhoram os índices de pobreza individual.

No âmbito do direito interno as diversas fontes reguladoras e desreguladoras do direito trazidas pela globalização econômica, chamadas por Pogge citado por Cleves (2009; p.27) de “decisões normativas macro”⁹ subtrai a soberania dos Estados em detrimento de sua soberania perante a ordem internacional. As reações expõe as contradições da exploração do trabalho e do enriquecimento sem antecedentes iguais ao do atual capitalismo transnacional, chamado por Harvey de “acumulação por espoliação” como cita Bello (2012:p.57)¹⁰

Na contramão desse ideário, incorpora-se um projeto já em curso do pluralismo descolonizador da herança de discriminação das diversidades dos povos desta região, que vivem abstraídas no tratamento homogêneo às suas diferenças. O item seguinte tem a pretensão de trazer algumas apreensões que se mantém na tríade: liberdade, igualdade, e solidariedade. Ressignificando compreensões de direitos políticos plurais e mais equitativos .

2. A Política como Fermento Formador das Novas Apreensões Jurídicas

Descreveu-se os aspectos socioeconômicos presentes no modelo vigente. Antecipou-se as alternativas convergentes à participação direta, bem como, a oportunidade de existir um (ou mais) bloco(s) entre os países em desenvolvimento que discuta(m) suas marginalidades de modo a refletir sobre a exploração desmedida atual. Crê-se que já há um projeto em ação, cuja produção intelectual na seara do direito político desponta pela interpelação da efetividade das constituições democráticas e pelo reconhecimento da necessidade de uma diferenciação cultural e jus-política a ser assegurada no próprio sistema.

Para boa parte dos cientistas sociais dessa região os movimentos sociais em busca de visibilidade, reconhecimento e participação tem sido um fermento à construção “nova(s)” cidadania(s):

“(...) busca-se ilustrar um salto qualitativo agregado por esse quadro espaço-temporal a um conceito cuja referência teórica se mostra deficitária em termos de prática social. As novas relações entre Estado e sociedade civil, bem como as demandas surgidas no cotidiano de países marcados pela exclusão social, demonstram a necessidade de se avançar da concepção estática para uma compreensão dinâmica de cidadania” (BELLO:2012.p128)

As inúmeras manifestações neste território dão prova dessa cidadania dinâmica.¹¹ De modo que é de se questionar: quais as repercussões dessas lutas no

⁹ Cf. Gonzalo Ramírez Cleves “(...) na era da globalização se presenta um pluralismo de fuentes jurídicas em donde el Estado ya no es el único productor de derecho y em donde irrumpen normas que establecen organismos transnacionales que son vinculantes para los estados em lo que Pogge describe como “las decisiones normativas macro” que afeta directa o indirectamente, mediata o inmediatamente a todos los países del globo.” In *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación. Colombia: universidad Externado de Colombia. Temas de Derecho Público*.2009.

¹⁰ Cf. Enzo Bello, na nota 21, Harvey reformulou a noção original de Marx sobre a Acumulação Capitalista Primitiva, trazendo a realidade atual a espoliação, descrita na p.57 (nota 21) de sua obra: *A Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano*. RS: Educ, 2012.

¹¹ Veja-se no endereço eletrônico: www.gritodelosexcluidos.org, a grande quantidade de denúncias, protestos, mobilizações, greves e outras estratégias inerentes à participação social, onde se percebe intensos ativismos políticos em prol de segmentos vulneráveis.

direito político? Isso porque, o Direito Constitucional, enquanto superestrutura estático-normativa encontra-se afetado pelas divergentes regulações que não vêm ao encontro das conquistas sociais ao prostrar os direitos firmados ou negar -lhes a presteza aguardada.

Na esfera jurídica, a revisão literária peculiar às questões sociais marginais da América Latina seja na crítica radical ao Direito,¹² seja nos novos desenhos constitucionais, incomodam a unidade do pensamento único. Assim se afirma com base no uso da repressão como um *continuum* dos anteriores estados ditatoriais.

Esse fenômeno não é novo. Nelson Saldanha ressalta que, até mesmo a cultura jurídica do constitucionalismo ocidental (da tradição) considerada como uma “(...) estrutura forte e potente, convive com o açodamento das lutas e mesmo do consenso compensatório a evitar a ameaça da radicalização da participação popular.” (SALDANHA: 2000: p. 40) . **(grifou-se)**

Os setores antidemocráticos esquecem de que são os motores que reavivam tais questões. Afinal, as razões da política trazem implicações com as necessidades humanas mais básicas. Nos estudos de LOPES, fica denotado o encadeamento dessa afetação que desponta em diferentes graus a legitimação da autoridade.¹³

Assim, sob a perspectiva da política quando se verificam irracionalidades na atividade governamental para compor com a elite interna do Estado ou, com as elites externas do capitalismo transnacional, suas opções representam um atuar irracional, diríamos. Atribui-se a Rousseau a ideia que esse atuar confere ao povo o direito a consertar as ações irracionais por meios democráticos (LOPES:1983 p 99 e s.). É que a realidade tanto para Rousseau quanto para Hegel é uma ideia central, de modo que Lopes afirma quanto a Hegel que:¹⁴.

Neste “fazer-se mundo”, se situa outra das noções essenciais do empreendimento filosófico de Hegel: a de que a razão realizante, nervo substancial de tudo quanto *ex-iste* com efectiva realidade, se produz no *tempo* como *devir* Isto é: como *história* E quem diz história diz sucessão contraditória a acontecimentos, meio aberto à hemorragia da contingência, terreno laborado pelo “trabalho do negativo” (...) voltaremos **de herdeiro do mundo passado a prenunciador do mundo novo.** (ALVES: 1983.pp99-100)¹⁵ **grifou-se.**

¹² Cf. Nelson Saldanha. Formação da Teoria Constitucional. RJ,SP: Renovar,2000

¹³ Inicialmente, o citado autor aponta para Rousseau quando o genovês perfila em parte do seu Contrato Social (com grande retórica), a validade das ações humanas para que estas, enquanto razões políticas correspondam a legitimação dos governos. Confirma-se em Rousseau, Hegel e Marx: Percursos da Razão Política. Coleção Razão e Diálogo, vol 7. Lisboa: Livros Horizonte. 1983 De modo que, transpondo-se essa ideia à participação social, esta se legitima quando também para corrigir os vícios e deformações dos governos Nessa direção, os consertos providos do ativismo político pode se dirigir as irracionalidades cometidas pelos poderes instituídos, como por exemplo, quando aqueles mantêm à sua governabilidade apenas para o interesse de uma elite. A conclusão é que se opor a erros por meio da participação é melhorar a Democracia

¹⁴ CF. Alves Não sem antes advertir o estudioso de Hegel de que tem que pensar Hegel sob: seu pensamento unificado, sendo uma imprudência analisá-lo, separadamente. Segundo o intérprete, o próprio Hegel habilita essa coesão como uma condição pressuposta ao seu entendimento. Para demonstrar isso, cita uma espécie de brevíssimo metodológico de sua densa obra ao se remeter aos métodos fenomenológico e dialético e destacar que nas palavras de Hegel a completude dos seus estudos provém do que ele próprio assinala: “tudo que a precede (...) de tudo que a prossegue”. O.cit.p

¹⁵ Confirma-se em João Lopes Alves, de modo aprofundado os pensares da razão política, com excelência e intersubjetividade. Rousseau, Hegel e Marx. Percursos da Razão Política Lisboa; Livros Horizonte, Lda. 1983.

Sob essa compreensão, é possível se constatar as razões políticas da participação social que hoje se faz necessária na América Latina, para que o povo tenha por mecanismos constitucionais sua vontade política no novo devir.¹⁶

Por outra parte, a democracia e todo o seu processo de radicalização se mostra como o único antídoto às desigualdades sociais com menos tensões políticas uma reflexão antiga de que Marx jamais descartou, como apregoa o citado autor ao afirmar que a democracia é “(...) de fundo do itinerário teórico político de Marx”, reforçando com a citação a Marx quando este teria dito: “O princípio democrático não é superável pela razão singela de constituir o princípio simultaneamente motor e legitimador das superações”. (ALVES:1983. P.190)

De modo que, diante de irracionalidades cometidas pelo Estado, consertar os erros dentro da realidade dos fatos é uma tarefa em conjunto com o Povo. Entre os Brasileiros, Bercovici retoma a categoria Povo-Constituinte para as atuais democracias, sua citação é igualmente um preâmbulo ao nosso item seguinte:

A Doutrina Jurídica tradicional entende que o povo e o poder constituinte não têm lugar no direito público, por não serem “categorias jurídicas”. O que se esquecem com esta visão é o simples fato de que **as questões constitucionais essenciais são políticas**. Tentar **separar o conceito de constitucionalidade de poder constituinte significa excluir a origem popular da validade da constituição e esta validade é uma questão política, não exclusivamente jurídica**. A doutrina do poder constituinte é, antes de tudo, um discurso sobre o poder constituinte do povo, exercendo o papel de mito fundador e legitimador da ordem constitucional. (BERCOVICI; 2013. p. 305)¹⁷ grifou-se

3. Poder Constituinte Do Povo e Novos Constitucionalismos: Caminhos à radicalização Democrática

Introdutóriamente, Bercovici resgata a validação política e jurídica da intervenção popular nesses sistemas como ideia política. Nesse ponto, a metáfora de Bachelard citada por Gerard Fourez (1995:p.21 e s.) que requisita leituras mais realista face as comumente ofertadas facilita a compreensão de que a categoria povo/constituinte é uma categoria que requisita tal consciência¹⁸

A linguagem e a comunicação jus-política pode ser um direito dúctil ao invés de meio de dominação, quando aliadas ao processo democrático. Consequência disso é que aqui são tratadas como utopias, no sentido empregado por Karl Manheim (1954:210 e

¹⁶ Como se pode conferir, o autor português recolhe no seu segundo autor a história. E a recolhe porque entende que Hegel ao legitimar o político não negligencia com a conjuntura e o devir, mas legitima o “novo” pelas contradições que o “velho produz.”

¹⁷ Bercovici, Gilberto **Poder Constituinte do Povo** in Revista Lua Nova. São Paulo. 88:305-325.2013

¹⁸ Condizente com essa postura para se participar socialmentetem-se que ter consciência social da realidade. Daí a metáfora ser explicativa dessa consciência. É a metáfora da casa e do apto ilustrada por Bachelard e citada por Gerard Fourez para explicar a um certo jornalista que lhe entrevistava os diferentes códigos da realidade, da ciência e da reflexão filosófica. Afirmou Bachelard que o jornalista tinha um apto e não uma casa, referindo-se a percepção limitada desse último para com o mundo. Explicou o filósofo que, quando se apenas se explica a realidade com a ciência(imagem da sala de visita, como o principal cômodo do apartamento), perde-se a consciência do que se passa no porão(realidade ocultada pela ideologia, por ex.), bem como, do que se passa no sótão(onde lhe ocorria existir as reflexões do espírito, da emoção), daí ser uma impressão incompleta. A Construção das Ciências: Introdução à Filosofia e à Ética das Ciências. trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo : UNESP.1995.pp21-22.

ss) ¹⁹. Ou seja, formação da consciência coletiva e da conjuntura histórico-social pela ação por objetivos melhores.

As “novas” mediações do Povo Constituinte, divisam possibilidades linguísticas construtivas à formação da **consciência jurídica coletiva** à partir e para este território. Suas linguagens não afastam o direito: Não se tratam de falas fora do sistema, e sim, intrassistêmica.

Com essa denotação o “Novo” Constitucionalismo da efetividade, as correntes críticas do Direito, e mesmo as antissistêmicas ²⁰ trazem a visibilidade de povos antigos e grupos vulneráveis até então desprivilegiados de poder. ²¹Falaremos sobre o Neoconstitucionalismo e o Novoconstitucionalismo, de modo econômico, nos subitens que se seguem:

3.1. Neoconstitucionalismo: Uma Teoria da Constituição

O neoconstitucionalismo se apresenta como uma Teoria da Constituição contemporânea à globalização. Sua elaboração provém de um conjunto de pensadores heterogêneos cuja ideia basilar é evitar o totalitarismo jus-político de Estado. Com tal perspectiva concebe a Constituição como um documento em que o estado liberal e o estado social se apresentam para deter arbítrios semelhantes os cometidos nas 1ª. 2ª. Grandes guerras mundiais. Com essa ideologia, delega ao judiciário um papel construtivista as diretrizes, valores e bens constitucionalmente positivados como linhas de otimização da política e também, limites..

Apesar da mencionada heterogeneidade dos que subscrevem essa teoria há um ponto comum: os cânones para a compreensão da Constituição. De modo que, limita-se este trabalho a tentativa de responder as quatro seguintes, cujas respostas podem dar um roteiro teórico-instrumental.

- 1) Qual a conjuntura do Neoconstitucionalismo?
- 2) Quais os elementos realçados?
- 3) Quais as suas “crenças”?
- 4) Nessa teoria, como o poder constituinte do povo se manifesta?

Relembrando-se que, a teoria tem como matriz um conjunto de princípios desenhados pelo Estado Social pós 2ª. Guerra Mundial, embora também presentes os direitos de liberdades (retomados com o final da 1ª. Guerra Mundial). Como consequência, pode-se afirmar que se trata de uma teoria retrátil a compreensão material das constituições líbero-sociais que procederam as ditaduras europeias, acorde descreve Carbonell (2010 p.4) ²².

Para esse doutrinador “não há nada de novo” (2010: p.161) para aqueles que compreendem que juspositivismo desempenha idêntico papel ao da referenciada teoria. No entanto, reconhece que outros destacam aspectos específicos tais quais os concernentes as habilidades da lida interdisciplinar e principiológica ao se defrontar questões mais difíceis.

¹⁹ Cf. Manheim, Karl. *Ideologia e Utopia*. Trad. Emílio Willems. RJ: ed. Globo, vol.4, 1954

²⁰ Interessante trabalhonessa respeitável linha é o coordenado pelos peruanos Camilo Valqui Cachi e Cutberto Pastor Bazán, cujo título é *Corrientes Filosóficas del Derecho: Una Crítica Antisistémica para el Siglo XXI*. Peru; Universidad Privada Antonio Guillermo Urreio, 2009.

²¹ Travadas na arena sócio-política, muitas vezes, pouco compreendidas pela dominância política ao seu tempo, porém ao se converter em ganhos e conquistas de parcela de poder, passam a ser vistas como um material de histórico valor.

²² CARBONELL, Miguel. In *El Canon Neoconstitucional*. Carbonell, Miguel y Jaramillo, Leonardo García(orgs). Colombia: Universidad de Externado. 2010. pp 159-171.

Por outra parte, para alguns a teoria em comento compreende os conteúdos materiais da constituição em uma perspectiva universal. É que, como já introduzido há uma crença que a hermenêutica projetada sob os seus pressupostos e requisitos pode evitar o totalitarismo do passado e os resíduos autoritários ainda presentes nos Estados.²³

Suas controvérsias levam a ensaios controvertidos. Dentre esses, destaque para o assinalado papel “interpretativo-reconstrutivo” em que ao trabalho hermenêutico não se conforma a subsunção (lógico-dedutivas) atribuídas formalismo, nem, a escolha da norma nos padrões da moldura kelseniana: diante do caso faz-se uma escolha de um dos princípios considerado adequado ao caso. Essa escolha é feita de modo interdisciplinar com outras ciências auxiliares a percepção do princípio que mais se ajusta, o que é feito com o uso da ponderação na qual, a exclusão e a inclusão principiológica é motivada até o exaurimento das discussões trazidas pelos participantes processuais. Assim, ao mesmo tempo em que se interpreta os fatos, dialoga-se com as discussões providas das partes, do próprio direito constitucional enunciado sob a conjuntura dada, vindo a escolha estático-normativa a recair em uma norma do texto constitucional. Por tal, considerada uma escolha objetiva.(POZOLLO:2010.p210)²⁴

Alguns jus-filósofos entendem que a validade dessa escolha é para além de uma escolha positivista formalista, considerando-a pós-positivista, porque afeta aos *hards cases* não se restringe a validade formal, dado que diferentes bens são demandados pelas partes.

Nessas hipóteses a escolha integra uma compreensão atualizada não tendo como causas somente aquelas ao tempo do poder do legislador (autêntica), mesmo o constituinte: o juiz ou tribunal com sua discricionariedade, não emite necessariamente uma verdade lógico-formal, mas, reconstrói sua motivação de ordem moral restrita aos valores vigentes nas constituições, justificada a ordem moral como a melhor escolha naquele caso concreto, como explica Luis Villar Borda ao apresentar a tese de Alexy (referente a necessária conexão entre direito e moralidade) e as objeções de Bulygin.²⁵

Assim, ao apresentar o argumento de “correção do direito”, presente no citado debate, Borda esclarece como uma situação em que essa correção pode até corrigir o próprio direito porquanto a situação é de extremada justiça. Sua base de correção não é uma justiça subjetiva (“nascida de argumentos próprios dos juízes”) mas, uma justiça que é motivada por um específico princípio positivado na Constituição.²⁶

Para Paula Gaído que fez a Introdução ao debate da obra citada a correção do direito, segundo Alexy, tem um papel ontológico. Alexy, citado pela jurista evoca que é uma condição da essência do direito “*hace que algo sea una cosa y no otra*”. (GAÍDO:Introducción: 2001 pp 15-46).²⁷

Como se vê, a teoria não se debruça em refutar o neoliberalismo, enquanto sistema de crenças econômico-financeiras de forma direta, afinal é uma Teoria do

²³ Ver em Eduardo Cambi. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In Revista Panóptica, ano 1, nº6. 2007 pp 1-44. www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/59. Acesso em 16.06.2015.

²⁴ Cf Suzanna Pozollo. *Reflexiones sobre la concepcion neoconstitucionalista de la Constitución* Miguel Carbonel e Leonardo García Jaramillo(ds) In El Canon Neoconstitucional.(...)o.cit.p207-227)

²⁵ Que ao sentenciar o juiz ou Tribunal crer que o que afirma é certo, porquanto “o ato de prescrever supone una creencia em su corrección” conferir na Introdução de Paula Gaído In La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral. Roberto Alexy e Eugenio Bulygin Paula Gaído.(trad.e introducción) Bogotá:Universidad Externado de Colombia.2001. Serie de Teoria Juridica y Filosofia del Derecho nº18 pp 15-40

²⁶ Ver a apresentação da obra de Alexy e Bulygin feita por Luis Villar Borda, que antecede ao debate sobre o tema. In La pretensión de corrección del derecho: La polémica sobre la relación entre derecho y moral.(...) pp.11-14

²⁷ O.Cit.(...) la relación entre derecho y moral. Roberto Alexy e Eugenio Bulygin.pp19-23.

direito, uma teoria da Constituição. Porém, entende-se que, os dois aspectos cruciais da tese alexyana estão contemplados

Assim, quando Alexy não reconhece os sistemas jurídicos injustos, o faz com base moral, como também quando a doutrina neoconstitucionalista tem uma compreensão de que o direito válido não provém necessariamente de uma hermenêutica lógico-formal e sim da efetividade dos elementos líbero-sociais, presentes nas Constituições de inspiração contrária aos totalitarismos de Estado, estar a idealizar uma teoria de forte conteúdo moral (no sentido empregado por Alexy, o qual, dir-se-ia parece mais próximo da ética que da moral)

De fato, há na teoria uma ideologia “(...) *proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la Constitución*”. COMANDUCCI:2010:pp184-186).²⁸ Para este doutrinador há a presença de Alexy e Dworkin, quando, inversamente ao positivismo, “*la tesis de la conexión necesaria, identifiactiva y justificativa(...)*” UFAL2015.2ALACIP ” traz à tona a relação entre direito e moral, concebida em ambos (2010:p181).²⁹

Ocorre que, o que para alguns se trata de uma ideia força, para outros pode ser uma temeridade, dado o caráter manipulativo das decisões jus-políticas. Para esses últimos a sempre a ideia de que a autoconsciência dos membros do judiciário(como a de todos nós) não se derivam de teorias e sim, do grau de formação e compreensão que esses tenham, podendo otimizar ou naufragar consoante o aporte intelectual e ideológico do intérprete. Acompanha-se esse entendimento de que, sob o aspecto metodológico a discricionariedade judicial não traz qualquer segurança de justiça, apesar de quando reconhecido os seus limites, significar alguma contenção. (AZEVEDO; 2000: p 20 e ss)³⁰

O neoconstitucionalismo, portanto, não é uma teoria de direito unívoca. Como mencionado, logo entre os primeiros parágrafos, existem cânones que lhe identificam, mas abriga correntes filosóficas que se direcionam para diferentes epistemologias como explica a doutrina (SARMENTO.2009.p115).³¹ Aliás, há muito que se reconhece que a hermenêutica tradicional que parecia unívoca, entrou em crise e mesmo “(...)a velha metodologia lógico-sistemática para abranger os processos sociais de criação do direito” já teria sido superada pelas correntes zetéticas e críticas. No entanto, atualmente ou se opta pela metonimologia ou pelo produto da interpretação, afirma Coelho, sem fazer “vista grossa” as ideologias subjacentes ao direito político.³² (2009. P.158).

²⁸ Cf. Comanducci *Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In El Canon Neoconstitucional. Carbonell, Miguel y Jaramillo, Leonardo García(orgs). Colombia: Universidad de Externado. 2010. pp174-190*

²⁹ Idem, Ibdem.. pp174-190

³⁰ Cf. Plauto Fáraco de Azevedo, com base em Karl Larenz e Perrelman ao se referir ao positivismo kelseniano e sua metódica de purificar a análise jurídica afirma: “os raciocínios jurídicos são dialéticos, conducentes ao provável, ao verossímil, em que, como já mostrara Aristóteles, exercita-se a argumentação”. De modo que, entende-se que nenhuma teoria jurídica atual se encontra infensa a esse tipo de raciocínio. O autor cita Larenz quando este, referindo-se ao raciocínio jurídico, diz que, quanto ao raciocínio jurídico, é necessário se: “afastar a ideia de que segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma medição empreendida de modo rigorosamente exato”. Direito, justiça Social, e Neoliberalismo. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais. 2000. p.20

³¹ Veja-se em Daniel Sarmiento aspectos que denotam como o neoconstitucionalismo é heterogêneo e abriga posições filosóficas diversas e até opostas que se situam entre liberais, comunitaristas, procedimentalistas. Em suas palavras “(...) não existe um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas há diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes(...)” **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades** In Filosofia e Teoria constitucional contemporânea. RJ: Lumen Juris. 2009. p.115.

³² Explica com profundidade o autor que tudo isso ocorreu após as transformações do que seria a tarefa da compreensão de um texto. Compreensão ou Hermenêutica que não se vinculava mais somente ao objeto(

Na ponta dos aspectos aqui amalhados respeitante ao Neoconstitucionalismo, estaria o questionamento de como o poder constituinte do povo presente nessa teoria. A resposta é que, apenas de modo indireto pois, apesar de dialogar com os partícipes do processo à partir dos bens que demandam, estes não tem uma legitimação para falar, exceto em seus próprios interesses. Por outra parte, a escolha do bem demandado é feita pelo poder judiciário tomando por base bens estabelecidos pela ponderação dos interesses no jogo processual. Daí que, a participação popular no âmbito do Neoconstitucionalismo é delegativa, tratando-se de uma Teoria da Constituição e não uma teoria do constitucionalismo, entendida esta última como um conjunto de procedimentos que se engastam institucionalmente no Estado para conceber uma expectativa de direitos aos seus destinatários, que é o povo. Resulta que, a participação popular ou a deliberação representativa não é o ponto forte dessa teoria, que se projeta no campo da efetividade e atualidade da constituição com base em princípios e técnicas hermenêuticas com as quais se pretende cumprir de modo melhor motivado e politicamente adequado as escolhas judiciais nos casos difíceis.

Com essas apreensões, passa-se a ver o *Nuevo Constitucionalismo*.

3.2. O Novo Constitucionalismo Na Dimensão Latino Americano

Sobre o tema do Novo constitucionalismo Latino Americano inicia-se por afirmar que este evoca o conceito original de soberania popular. Isto porque, remete a participação social direta, seja para constituir, seja para reformar a Constituição ou alterá-la de qualquer modo. A participação direta é passível de se concretizar por intermédio de mecanismos democráticos conhecidos e frequentemente positivados nas constituições democráticas da América Latina, sendo pouco frequente o seu uso.

Por outra parte indo à raiz conjuntural do Novo Constitucionalismo, acompanha-se o entendimento de que o ponto de partida de tal constitucionalismo foi a compreensão que somente uma cidadania institucionalizada com (a) controle dos órgãos de governo e com (b) poder para tomar decisões, pode trazer o equilíbrio ao que se chama: “*penetración fáctica de los grupos de poder económicos*”. (ROMEO: 2012.p68—70).³³ Essa inovação, também vem ao encontro da crise de efetividade da representação parlamentar e da crise de efetividade das próprias Constituições consideradas democráticas, porém, com baixa constitucionalidade.³⁴

Com isso e com a adoção de outras garantias deferidas ao povo há o que se chama de radicalização democrática. Termo ícone que significa que a legitimação democrática passa a ser a do povo, não pela via representativa, mas como dissemos, pela via direta (Referendo ou outro mecanismo de participação social presente na Constituição), de modo amiúde retratado nas novas constituições dessa região.

Essa foi e é a grande guinada do Novo Constitucionalismo que se diferencia da Democracia Deliberativa. De fato, apesar de existir a consagração nominal em alguns textos, há uma reconhecida cultura que vocaciona a representação parlamentar como legitimadora dos interesses sociais com argumentos pragmáticos. Porém, a crise de representatividade gerada pela insuficiente identidade da representação dos interesses do povo, bem como, da falta de fidelização dos representantes políticos aos compromissos sociais previamente ajustados, justificam plenamente o controle de

texto) e sim a sua historicidade do homem Luiz Fernando Coelho. Direito Constitucional e Filosofia da Constituição. Curitiba:Juruá,2009.p.161

³³ Cf.o Nuevo constitucionalismo Participativo em Latinoamérica: Uma Propuesta frente a la Crisis del Behemoth Occidental. Espanha: Thomson Reuters Aranzadi 2012.

³⁴ Remeto a obra do citado autor as referências sobre os espaços de participação social já vigentes nos textos da Venezuela, Equador e Bolívia, em razão do limite deste artigo.O.cit.p68-70.

decisões consultadas diretamente ao povo.³⁵ A efetividade dessa soberania passou a ser uma *conditio sine qua non* da legitimação democrática radical,

Para arrematar o tema do poder constituinte do povo, observa-se que essa categoria passa a ser jurídico-constitucional. Isso porque, *el nuevo constitucionalismo* incorpora duas funções: **a primeira**, o procedimento legitimador da vontade do povo; **a segunda**, a garantia de controle de normatividade constitucional: ambas as cláusulas sob a proteção da rigidez constitucional (no Brasil conhecida no meio jurídico como “cláusulas pétreas”).

Como é possível de se observar, o Novo Constitucionalismo não se impõe fora do sistema jurídico como as teorias antissistêmicas³⁶ Nem tampouco, deixa de absorver os princípios da Teoria da Constituição Neoconstitucionalista e mesmo da Teoria do Constitucionalismo do século XVIII. A primeira (neoconstitucionalismo), por se tratar de uma teoria voltada para efetividade das constituições: a seguinte, porque fornece o sentido original de poder ao povo, filosoficamente assente nos moldes revolucionários do primeiro constitucionalismo das revoluções burguesas.

O Novo Constitucionalismo, ao agregar a hermenêutica avançada do neoconstitucionalismo finca-se na dimensão material da constituição, aprofundada por essa teoria. Por isso, supera a racionalidade formal-positivista ao adotar os princípios arrolados por Giustini, citado por Pastor & Delmau (2010.p16) , quais sejam:

- 1.a rigidez constitucional, em que se condicionam mecanismos de participação popular para qualquer alteração no texto constitucional:
2. a garantia jurisdicional da constituição no controle dos atos normativos infraconstitucionais,
3. a força vinculante da constituição a todos os poderes e instituições estatais:
4. a sobreinterpretação da constituição em face das leis(Interpretação Conforme a Constituição) e sua influência sobre a radicalização da democracia.³⁷

Desse modo, como explicam aqueles autores, as críticas de que o Novo Constitucionalismo tenha uma configuração neopopulista, de poder fático exercido entre o *leadership* e a massa popular, não procedem. O Novo constitucionalismo intenta ser parte integrante da Constituição; caindo por terra essa tentativa de depreciar o caráter idôneo passível de ser abonado por procedimentos constitucionais³⁸.

Outra perspectiva fundamental do Novo Constitucionalismo, baseada no princípio da necessidade social³⁹ volta-se a tentativa de que a hermenêutica constitucional pondere nas questões difíceis as questões prementes da desigualdade social dessa região. Inversamente à cultura formalista, para o Novo Constitucionalismo

³⁵ I.Ibidem. Para intento de se estudar as crises, sugere-se o ensaio de Francisco Palacios Romeo. Neste, o jurista trata com original precisão do tema da crise de representação e de constituição, ao justificar a diferenciação entre o constitucionalismo deliberativo e o constitucionalismo participativo.

³⁶ Não se pretende com isso criticar essa opção gnoseológica ou ideológica presente na obra de excelentes pensadores latinos, como os jusfilósofos Camilo Valqui Cachi e Cutberto Pastor Bazán. Veja-se *Corrientes Filosóficas del Derecho: Una Crítica Antisistémica para el Siglo XXI*, obra muito rica de observações procedentes que os citados autores coordenam..Peru:Editorial Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel,2009.

³⁷ Confira- o esboço inicial sobre a temática na apresentação cujo nome é: *Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* In livro online da Corte Constitucional de Ecuador para el Periodo de Transición. *El Nuevo constitucionalismo em America Latina.1ª.ed.Quito, Corte Constitucional del Ecuador.2010.96p.* <http://www.corteconstitucional.gov.ec>

³⁸ Ibidem p20-21. Ver também a nota 9, no rodapé do artigo.

³⁹ Positivado na Constituição atual da Colômbia, prescreve no seu artigo 366: “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Latino Americano, essa resposta (à necessidade social) é parte integrante do seu prospecto que é o da pacificação de conflitos pela positivação da efetividade imediatamente aplicada dos direitos sociais, independente de qualquer interposição legislativa: com isso se evitam obstáculos hermenêuticos que desfaçam a potencialização da aplicação imediata de tais direitos.

Não se desconhece que essa cultura garantista de direitos sociais⁴⁰ não possam ser violadas pelo arbítrio, o que, naturalmente, não afasta por completo as lutas do povo necessitado e a solidariedade de intelectuais e outros grupos organizados. No entanto, sua positivação é um grande passo em direção à justiça social.

O pluralismo é outro processo assumido pelo Novo Constitucionalismo. A partir da inserção do pluralismo político nas constituições, como por exemplo a Equatoriana, cujo reconhecimento vai ao plurinacionalismo, tenta-se superar a ideia de integração indígena ou mesmo da eliminação de sua cultura em direção à sua descolonização e autonomia. Como se afirma, de a muito há uma diversidade desrespeitada que busca à sua legitimação constitucional com capital à sua “cosmovisão, cultura, linguagem e ao seu direito consuetudinário” (FAJARDO:1998.p11). Nesse processo, há um papel fundamental de resistência dessa população, historicamente explorada na produção agrícola, sem que sua força de trabalho em condições arcaicas signifique maior distribuição de renda, reconhecimento político e visibilidade às suas diferenças culturais.

Tracejando esse material com sua vivência Raquel Fajardo é de oportuna leitura para se conhecer toda a pressão, por exemplo, infligida aos indígenas Gualtematecos, desde sua colonização e, ainda após a independência da Guatemala. Texto que a doutrina especializada conota como uma conquista ainda insuficiente para que os poderes dessa população sejam verdadeiramente emancipadores (FAJARDO,1998:p1 e ss.)⁴¹

Em processo francamente evolutivo, a população indígena andina obteve à custa de muitas lidas um espaço constitucional aberto ao controle das políticas específicas, a ser alcançada por outras populações que convivem com a ameaça aos seus territórios ou aos seus direitos. O “Novo constitucionalismo” tem um caminho permanente no âmbito político e jurídico as resistências contrárias aos preconceitos enraizados pela colonização. Suas diferenciações “(...) se germinam alternativas ao desenvolvimento”.⁴²

Desenvolvimento que, para os indígenas, sempre foi um referência a violência física e moral às suas dignidades, diversidades e territórios. Também uma categoria a ser revista fora da dimensão consumerista e antropocêntrica.

De modo que, Gudynas cita Alberto Acosta, presidente da Constituinte Equatoriana, quando esse depõe que o *Buen Vivir* dos indígenas não é um “*bienestar occidental*”, mas, uma categoria em permanente transformação para se aperfeiçoar, com valores que não são exclusivamente, materiais. Para Gudynas, todavia, essa visão holística pode ser transportada para fora da vivência indígena de modo a concluir que: “*Es necessário promover el debate sobre el Buen Vivir em otras circunstancias y com*

⁴⁰ Uma reserva da constituição, nas novas constituições latino-americanas.

⁴¹ Ver artigo de Raquel Yrigoyen Fajardo, neste, a autora destaca que nesse local de maior quantidade indígena do mundo, em que a produção indígena corresponde a 50% do PIB, a autora relata que, durante muitos anos essa população foi despojada de seus direitos consuetudinários permanecendo sem qualquer poder perante o Estado. Após muitas lutas, apenas em 15 de outubro de 1998, houve a reforma da Constituição da Guatemala com o reconhecimento cultural, político e jurídico dos indígenas, no seu texto publicado na Revista América Indígena, volLVIII, Num1-2, ene-jun, 1998. México: Instituto Nacional Indigenista-INI pp.1-21.

⁴² Conferir em Eduardo Gudynas. *Buen vivir: Germinando alternativas al desarrollo* In America Latina em Movimiento, ALAI N°462:1-20, febrero 2011, Quito

*otros actores. Por ejemplo, ¿cual sería el Buen Vivir al que aspiran los vecinos de una favela em Brasil?*⁴³

Nessa direção o bom viver se incorpora as Constituições Latinas como uma concepção que rediscute o desenvolvimento, o sentido do bem estar próprio das populações indígenas, afro-descendentes, crioulas, incluindo outros grupos e a própria natureza em que se insere o homem (visão ecocêntrica). Essa seria uma abreviada síntese de um projeto de permanente deslocamento tópico em suas concepções.

CONCLUSÃO

Intelectuais e juristas desenham um acompanhamento teórico-interventivo à formulação de um novo constitucionalismo, diferenciado do constitucionalismo eurocêntrico em vários aspectos e vinculado a objetivos concretos dentro das Constituições. Com isso, tem-se a pretensão de reequilibrar o déficit político e suas implicações nas crises de representatividade e de efetividade constitucional, como também, de buscar meios que minimizem no âmbito do direito político as necessidades sociais da América Latina.

Para isso, faz-se necessária a radicalização democrática e sua institucionalização. Isto porque, como se tentou descrever novo não se expressa fora da Ordem. Ao contrário, adota os avanços do neoconstitucionalismo na intromissão dos conteúdos materiais da Constituição e na crença do ativismo judicial à efetivação de direitos, sem deixar a sua utopia de um direito político emancipador, descolonizador e plural, fundado na participação direta do povo e nas suas premências sociais.

É verdade que existem aqueles que acompanham as palavras de certo jurista que teria nos anos de 1975, (HÄBERLE:2003: nota 265.p.135) eliminado com duas frase a soberania popular e o poder constituinte do povo, ao dizer: “*La soberania popular aparece al principio o al final del Estado constitucional, cuando es constituído o cuando es suprimido.*” “*La soberania democrática descansa, mientras subsiste el Estado constitucional*”⁴⁴

Contrariando esse pensamento, o Novo Constitucionalismo adota a participação direta, com a inclusão de povos que sempre foram excluídos, em razão de etnia, raça, diversidade cultural, direção sexual ou por ser pobre e indigente, invocando a simbologia do bem viver, do ecocentrismo e dos câmbios necessários à transformação das ideias sobre desenvolvimento social

A análise desses aportes teóricos e suas concretizações jurídicas trazem um crédito às ciências sociais aplicadas. No âmbito jurídico, os aspectos peculiares se instituem como um reforço à democracia participativa. Quem sabe uma nova etapa em que a vocação das ciências sociais(sobretodas, essas) seja contaminada pela descolonização e emancipação.

Referências Bibliográficas

ALVES, João Lopes. Rousseau, Hegel e Marx. Percursos da Razão Política. Lisboa: Livros Horizonte, Lda. 1983.

BERTALANFFY, L. Teoria geral dos Sistemas. Trad. Juvenal Hahne Júnior. (RJ) Petrópolis: Ed. vozes, 1973

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ Cf. Peter Häberle. El Estado constitucional Traducción hector Fix –Fierro. Peru; UNAM. 2003.

BONAVIDES, Paulo. Do País Constitucional ao País Neo colonial São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CACHI, Camilo Valqui & BAZÁN, Cutberto Pastor . *Corrientes Filosóficas del Derecho: Una Crítica Antisistémica para el Siglo XXI*, Peru:Editorial Universidad Privada Antonio Guillermo Urrello, 2009.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de analisis IN El Canon Neoconstitucional*. Carbonell, Miguel y Jaramillo, Leonardo García(orgs). Colombia: Universidad de Externado. 2010.

CLÉVE, Clémerson Merlin **Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração** In Revista Crítica Jurídica –Nº25, Jul/ Dez, 2006.

COELHO, Luis Fernando. Direito Constitucional e Filosofia da Constituição. Curitiba: Juruá. 2009.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen *El Debate sobre el Reconhecimento Constitucional del Derecho Inígena em Guatemala*. In Revista América Indígena, vol. LVIII, Num 1-2, ene-jun, 1998. México: Instituto nacional Indigenista- INI Instituto Internacional Indígena. OEA, 1999. pp. 1-21

FOUREZ, Gerard. A Construção das Ciências: Introdução à Filosofia e à Ética das Ciências. trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo : UNESP. 1995.

.GUDYNAS, Eduardo. Buen Vivir: Germinando Alternativas al Desarrollo. In America latina em Movimiento. ALAI Nº462: 1-20, Febrero, 2011, Quito.

HÄBERLE, Peter. El Estado constitucional. Hector Fix-Fierro (trad Peru; UNAM, 2003.

KREL, Andreas Joachim. . Discrecionalidade Administrativa e proteção ambiental; o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria dos Advogados.. 2004

MANHEIM, Karl. Ideologia e Utopia. Trad. Emílio Willems. RJ: ed. Globo, vol. 4, 1954

PASTOR, Roberto Viciano & DALMAU, Rubén Martínez *Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* In livro online da Corte Constitucional de Ecuador para el Periodo de Transición. *El Nuevo constitucionalismo em America Latina*. 1ª. ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador. 2010. 96p. <http://www.corteconstitucional.gov.ec>

POZOLLO, Suzanna. *Reflexiones sobre la concepcion neoconstitucionalista de la Constitución* Miguel Carbonel e Leonardo García Jaramillo (cords) In El Canon Neoconstitucional. Colombia: Universidad de Externado. 2010.

ROMEO, Francisco Palacios. Nuevo Costitucionalismo Participativo em Latinoamérica: Uma Propuesta frente a la Crisis del Behemoth Occidental. Espanha: Editorial Aranzadi, 2012.

QUIJANO, Aníbal. Allende outra vez: no limiar de um novo período histórico. *In* Revista Eletrônica Lutas Sociais. (ISSN1415-854X) Vol.11/12 (2004) pp.1-7 www://revistas.pucsp.br Acesso em 16.06.2015.

SALAMA, Pierre Y VALIER, Jacques. Neoliberalismo, pobreza y desigualdades em el Tercer Mundo. Trad. Emilio Taddei. Buenos Aires. Miño y Dávila editores. R.L. 1996.

SALDANHA, Nelson. Formação da Teoria Constitucional. Rio de Janeiro; SP: Renovar, 2000.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades *In* Filosofia e Teoria constitucional contemporânea. RJ: Lumen Juris. 2009.

SPODE, Guinther. A Justiça na América Latina e os Objetivos da FLAM. *In* Revista da AMB - Associação Brasileira dos Magistrados. Cidadania e Justiça. Ano 7 N/13-1/Semestre de 2004. pp73-77.