NOVO CONSTITUCIONALISMO: APRESENTAÇÃO DE UM CONCEITO POLÍTICO E JURÍDICO

NEOCONSTITUCIONALISM: INTRODUCING A POLITICAL AND JURIDICAL CONCEPT

Carlos Henrique Carvalho Ferreira Junior[1]

RESUMO: As transformações sociais, políticas e econômicas contemporâneas demandam um novo entendimento dos conceitos de constitucionalismo. As novas constituições sul-americanas trazem em seus textos características que as distinguem para além das correntes do constitucionalismo. Recuperando a ideia de Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, através de revisão bibliográfica e conceituação de categorias, é possível estabelecer o novo significado que os termos assumem e pensar em algumas consequências dessa releitura no âmbito da percepção jurídica.

Palavras-chave: constitucionalismo; novo constitucionalismo.

ABSTRACT: *The contemporaneous social, political and economic changes demand a new understanding about the conceptions of constitutionalism. The new South American constitutions bring in their texts distinguishing characteristics beyond the current constitutionalism streams. Recovering the idea of constitutionalism and neo constitutionalism, thru bibliographic review and conceptualization of categories, it is possible to establish the new meanings that the terms assume and think about some consequences of the new reading on the meter of juridical perception.*

Keywords: *Constitutionalism; New Constitutionalism.*

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Bolsista PROSUP/CAPES. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

INTRODUÇÃO

As novas constituições sul-americanas, assim chamadas por Viciano e Ramires as que foram promulgadas após 1990, trazem em seus textos características tais que permitem identificá-las como um grupo particular de constituições. Esse grupo deu ensejo à criação de uma categoria[2] nomeada novo Constitucionalismo latino-americano, ou sul-americano se atentarmos para o fato de que apenas constituições desse continente encontram-se no rol.

Infere-se esta classificação a partir da análise das categorias **Constitucionalismo** e **Neoconstitucionalismo**, especialmente ao se constatar certos traços materiais e formais presentes na nova corrente que a distingue do Neoconstitucionalismo.

O presente trabalho objetiva expor algumas implicações trazidas por esses traços distintivos do novo constitucionalismo. Para tanto, parte da análise da categoria em foco enquanto um conceito político e jurídico, adotando a estrutura de conceito exposta por Eros Roberto Grau (2009) e elementos da Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio.

Em busca pela natureza do conceito jurídico, encontra-se, na lição de Grau, que esse é sutilmente diferente dos conceitos essencialistas. Isso porque, apesar de todos os conceitos – essencialistas ou não – serem resultado de uma "suma de ideias" expressadas através de um termo, aqueles podem ser substituídos ou representados pela manifestação material da "coisa, estado ou objeto", além do termo que corresponde a seu signo. Doutro modo, os conceitos jurídicos já são construídos sobre termos que substituem a outros signos – representações de um conceito –, ou seja, já são signos de significações. Em outras palavras: "Os conceitos jurídicos não são referidos a *objetos*, mas sim *significações*" (GRAU, 2009, p. 228-230).

O estudo adota o método indutivo, buscando, através da exposição dos conceitos de Constitucionalismo e Neoconstitucionalismo, a construção do novo constitucionalismo, para, enfim, ressaltar-se a singularidade ou não desde no âmbito da teoria constitucionalista. O trabalho é construído com apoio nas técnicas da descrição dos conceitos operacionais de categorias[3] e revisão bibliográfica.

2 Entendida como: "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, 2008, p. 199)

3 As técnicas do conceito operacional (COP) e do rol de categorias são utilizadas de acordo com a proposta do professor Cesar Luiz Pasold em: PASOLD, C.L. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. 11.ed. Florianópolis: Conceito; Millenium, 2008.

1. CONSTITUCIONALISMO

1.1 Definição de Constitucionalismo

O termo Constitucionalismo – ao ser analisado sob o prisma adotado nesse trabalho para o estudo do conceito jurídico – remete a outro conceito particular cujo signo é a constituição; assim, é o conteúdo dessa que definirá a essência jurídica – numa concepção aristotélica da palavra[4] – daquele.

As constituições, por sua vez, materializam, num ordenamento normativo, tanto a dimensão jurídica quanto a política do fenômeno constitucionalismo, portanto, divide-se para fins didáticos a descrição das duas dimensões.

O conceito estabelecido de política remonta ao adjetivo derivado de *pólis* – a unidade estatal grega, e logo a Aristóteles, que com este termo descreveu a natureza, funções e divisão do Estado, além de várias formas de governo (BOBBIO, MATEUCCI, PASQUINO, 2008, p. 954). Ainda, em *Política*, Aristóteles (2008, p. 147) explica que:

> *(...) é evidente que no caso das constituições cabe à mesma ciência considerar qual governo é o melhor, que características devem ter para estar em conformidade com nossa expectativa, (...), e também qual tipo de governo é adequado a uma cidade particular, pois o melhor é frequentemente inatingível, e o verdadeiro legislador e estadista deve conhecer não somente a melhor constituição em abstrato, mas também a melhor dentro das circunstâncias. (livro IV, capítulo I).*

Não cabem nesse breve artigo comentários sobre a estreita e prolífera relação entre política e ética; contudo, é seguro, para os fins propostos, adotar o seguinte conceito:

> *(...) é o conjunto de atividades necessárias ao governo de um país que pressupõem alguns elementos essenciais, sem os quais não pode haver governo. Um desses elementos é a autoridade política que, num Estado, comporta a existência de um poder estabilizado e institucional com a pretensão de obediência incondicional por parte dos cidadãos (ABBAGNANO, 2007, p. 904).*

Entendida a dimensão política das constituições, chega-se a como essas realizam o que a Teoria do Ordenamento Jurídico de Bobbio trata como recepção e delimitação das fontes diversas do direito. Através dessa teoria pretende-se explicar como se dá a relação entre política e direito nas constituições.

4 Segundo Eros R. Grau, Aristóteles concebe os conceitos em sentido estrito como *simplex apprehensio rei*, o que quer dizer que, ao se formular um conceito, extrai-se do objeto sua aparência singular ou aquilo que o torna um ente diferente de todos os demais (GRAU, 2009, p. 227).

Segundo Bobbio (2011), os ordenamentos jurídicos são complexos, pois admitem mais de uma fonte de produção normativa. E tal ocorre por não haver ente capaz de regular satisfatoriamente todas as condutas humanas possíveis. Desta forma, o poder supremo – entendido neste contexto como a correlação de forças sociais políticas resultante dos processos revolucionários do Constitucionalismo – adota os seguintes expedientes: "a *recepção* de normas já prontas, produzidas por outros ordenamentos diversos e precedentes"; "a *delegação* do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores".

Os ordenamentos não nascem do nada, mas, de modo geral, sobre um ordenamento precedente, que cria um limite externo ao poder novo. Depois de constituído, este autolimita-se determinando novas centralidades de criação de normas. Essa concepção é utilizada pelos contratualistas que se dividem em duas correntes: a hobbesiana, que determina não haver limites externos ao poder maior, que esse, depois de constituído, é que se autolimita; por outro lado, a lockiana afirma que o poder soberano já nasce limitado pelo direito original dos indivíduos de autorregularem-se, de modo que apenas cedem porções desse atributo (BOBBIO, 2011, p. 55-57).

Tais diferenças são fundamentais para mais adiante entender uma das nuances que destaca o novo Constitucionalismo das demais correntes.

A partir desses referenciais teóricos, pode-se falar de Constitucionalismo desde diferentes perspectivas. Segundo J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 51), há uma mais abrangente, que trata de uma "*teoria normativa da política*", cuja noção é formulada afirmando que "**Constitucionalismo** é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade"[5]. E outra, "histórico-descritiva", que se refere ao *Constitucionalismo moderno* em contraposição ao *Constitucionalismo antigo*.

A diferença é estabelecida para situar o conceito constitucionalista de que se trata hoje dentro da perspectiva na qual foi concebido. Essa é descrita como um "movimento político, social, cultural" que, no século XVIII, questionou política, filosófica e juridicamente o arranjo de "*domínio político*" vigente, consoante a proposição de uma nova forma de organização e fundamentação do poder político (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Esse significado moderno, como adverte Bonavides, tem a ver não só com a materialidade das constituições, mas também com a forma, ou seja, a corporificação em documento único ou não, das disposições constitutivas típicas de uma Sociedade[6] politicamente organizada (BONAVIDES, 2007, p. 80-81), conceito que dotou de novo significado o termo constituição.

5 Negrito no original.

6 O termo Sociedade está grafado com S maiúscula em adesão à posição expressa pelo professor César Luiz Pasold em: PASOLD, 2008, p. 169, nota de rodapé número 162.

É importante destacar que direito constitucional – dimensão jurídica - e Constitucionalismo – de caráter político-jurídico – não implicam em identidade entre a constituição e constitucionalismo. Isso porque a palavra constituição já não é suficiente para "exprimir toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas *básicas* da sociedade política" (BONAVIDES, 2007, p. 93).

De tal modo que Bonavides sugere a expressão sistema constitucional como mais adequada para solucionar a "crise" semântica surgida ao tentar-se prender o Constitucionalismo dentro do *sistema político* ou do *sistema jurídico* (BONAVIDES, 2007, p. 94).

Sobre constituições, Canotilho (2003, p. 53) remete coerentemente às duas acepções apresentadas acerca do constitucionalismo: uma histórico-descritiva e outra teórico-ideológica (*teoria normativa da política*). Sob a ótica da primeira, descreve-as como: "o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política, num determinado sistema político-social". Já sobre a segunda, traz o entendimento do que se denomina **constituição moderna** com a seguinte formulação:

> *Por* **constituição moderna** *entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político (CANOTILHO, 2003, p. 52).*[7]

1.2 Constitucionalismo moderno[8]

A partir dessa definição, fica evidente que Constitucionalismo já não se trata mais apenas do movimento iluminista reformador das estruturas políticas do *ancien regime*[9], mas de um ramo do conhecimento jurídico e político dedicado às formas de institucionalização do poder político e as de estipulação dos direitos e liberdades fundamentais de uma determinada sociedade.

---

7 Negrito no original.

8 Para esse trabalho é útil a construção habermansiana de modernidade. Esta aparece relativamente condensada no seguinte trecho: *"(10. The word "modernus" was first used in the late fifth century to distinguish what had become a "Christian" present from a "pagan" Roman past. Ever since, the term has carried the connotation of deliberate break between the new and the old. Time and again, the term "modern" was employed – always within a different context – to articulate the consciousness of a new epoch."* (HABERMANS, 2001, p. 131).

9 Entende-se aqui como *Ancien Regime* o termo da língua francesa cunhado no último quartel do século XVIII sob os acontecimentos da revolução francesa. Pode-se defini-lo como um regime (modo de governo e organização social) de um Estado que não tenha constituição "(...) entendendo-se por tal não a Constituição consuetudinária e as leis fundamentais do reino, mas um claro, sólido e incontestável texto legislativo, ditado pela nação ou por seus mandatários com base em certos princípios (...)", e ainda quaisquer institutos e práticas feudais que implicassem num tratamento desigual, no cerceamento a liberdade e nos privilégios por nascimento. Por fim, entende-se também que "O *Ancien Regime*, portanto, era uma forma de Estado (v. Absolutismo), mas era também uma forma de sociedade, uma sociedade com seus poderes, as suas tradições, os usos, os seus costumes, as suas mentalidades e as suas instituições". (BOBBIO, MATTEUCCI, PAQUINO, 2008, p. 30).

Canotilho, adotando três modelos teóricos – são eles: o *historicista*, o *individualista* e o *estadualista* –, que têm em consideração os elementos originais com que cada um contribui para o patrimônio constitucional ocidental, atribui como principiais características do Constitucionalismo moderno:

> *(1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do Constitucionalismo são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades (CANOTILHO, 2003, p. 54-55).*[10]

O fato de o estudo do Direito Constitucional ter surgido tendo por base a filosofia jurídica do regime liberal colaborou para uma configuração conceitual das constituições "mais *jurídica* do que *filosófica*", o que condicionava uma leitura "*científica*" e "*apolítica*" das cartas, levando, por conseguinte, a um distanciamento dos movimentos doutrinários e ideológicos do estudo e desenvolvimento do Constitucionalismo das bases emancipatórias sobre as quais se originou (BONAVIDES, 2007, p. 39-40).

Contudo, Almeida Filho cita Niklas Luhmann para afirmar que o liberalismo jurídico-político foi responsável pela substituição do absolutismo pelo parlamento liberal como detentor do poder político. Essa transformação denota o aspecto democrático radical do movimento ao elevar o povo à posição de detentor do poder – observadas todas as ressalvas quanto a real representatividade ou participação das camadas mais numerosas da sociedade nas estruturas de poder.

Credita-se ao liberalismo constitucional "o marco ideológico fundante das instituições jurídico-políticas" da atualidade, e também a ideia de constituição como "norma estruturante da sociedade e do Estado" (ALMEIDA FILHO, 2006, p. 11-12), contraponto à política interventiva do regime anterior que consolida a liberdade.

Um traço distintivo do liberalismo jurídico é a forte influência da classe burguesa ascendente, que, se de um lado buscava, através do constitucionalismo, construir instituições políticas que albergassem sua ascensão social, por outro, utilizava-o para criar condições para o desenvolvimento do capitalismo (ALMEIDA FILHO, 2006, p. 13). No rastro dessas posições, a nova classe dominante promove a instrumentalização de formas de dominação sobre as demais classes que, por consequência, serão refletidas nas constituições, ainda que distanciem o Constitucionalismo dos ideais "moderno-iluministas" do século XVIII, patrocinadores das transformações.

10 Com itálicos iguais aos originais.

Esse desenvolvimento remete à ideia do historicismo axiológico[11] do Direito, exposta por Reale em sua Teoria Tridimensional. Quer dizer, o Constitucionalismo em sua dimensão jurídica – e mais ainda na dimensão política – é, enquanto deve ser o resultado da interação entre os sujeitos que o instituem e o objeto que estabelecem, a constituição (REALE, 1994, p. 85-86).

Do exposto até o momento, entende-se que Constitucionalismo (no sentido moderno ou clássico) é marcado (1) pelo caráter ideológico, (2) pelo radicalismo democrático, (3) pelo liberalismo vitorioso das revoluções e (4) por um conservadorismo no que tange a realização das propostas originais de transformação e emancipação social (VICIANO, MARTÍNEZ, 2010, p. 14).

Bonavides (2007, p. 95), tomando por critério a prevalência do caráter *jurídico* ou *político* das constituições, classifica-as entre liberais e sociais, distinguindo assim um Constitucionalismo clássico e liberal do social. O segundo seria a expressão originária da proposta constitucionalista, interrompida pelo hiato de predominância das correntes liberais individualistas. Considera ainda que a principal herança da tese liberal do Constitucionalismo foi o reconhecimento das constituições como tutoras de direitos humanos, sem a qual não seria possível admitir-se um Estado de direito (BONAVIDES, 2007, p. 37).

2. NEOCONSTITUCIONALISMO(S)

2.1 Os novos paradigmas do constitucionalismo

Situa-se o surgimento do Neoconstitucionalismo depois da Segunda Guerra Mundial. A constituição alemã, de 1949, e a italiana, de 1947, são marcos iniciais da nova fase. As de Espanha (1978) e de Portugal (1976) adotam os mesmos pressupostos teóricos, todavia, já apareçam num estágio mais evoluído do pensamento constitucional.

O Neoconstitucionalismo deve seu termo ao entendimento exposto por Bonavides sobre a predominância dos traços originais ou reacionários. Caracteriza-se ainda por distinguir o Estado constitucional em dois conceitos, sendo um formal e outro material. O primeiro seria a descrição daqueles organizados sob um documento autodenominado constituição; já o segundo compreende as constituições que, entre outros pontos, objetivam ser o cerne da organização jurídica e política, para tanto, são rígidas[12], funcionam

11 Por "historicismo axiológico" Reale entende como sendo a objetivação histórica do processo ontognoseológico, em termos de "*experiência histórico-cultural*", ou seja, o caráter do Direito de construir-se sobre a relação entre sujeito e objeto construído pelo próprio sujeito, remetendo ao que considera como caráter dialético de sua Teoria.

12 Quanto ao aspecto de mutabilidade de suas disposições. Quer dizer, adotam procedimentos especiais, mais elaborados e "difíceis" para emendas e reformas ao texto.

como plataforma de interpretação do ordenamento, vinculam a interpretação das leis e dos atos políticos e são sede da garantia jurisdicional dos direitos nela estabelecidos e diretamente aplicáveis (GUASTINI, 2003, p. 58).

Evolução do direito natural ao direito positivo é essencial para a consolidação do Estado de Direito. Ferrajioli (2003, p. 17-18) explica que as normas passam a ser válidas ou legítimas não porque consideradas justas, mas porque foram impostas por uma autoridade. Dá-se então o reconhecimento de uma hierarquia normativa fundamentada em um ordenamento jurídico, cuja fonte passa a ser exclusivamente o Estado, reforçado pelo princípio da legalidade (FERRAJIOLI, 2003, p.17-18).

Na roda das transformações, desde meados do século XX, a questão da legitimidade ganha novos contornos, já não bastando o princípio da legalidade para justificar a validade das normas. Faz-se necessária uma "jurisdição de legitimidade específica" como marco geral. Essa se realiza nas constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadoras das leis ordinárias, o que implica numa centralidade da constituição. Tal organização configura-se no Estado constitucional de direito (neopositivista) em oposição ao Estado de direito (paleopositivista) – também chamado legislativo –, ambas designações adotadas por Ferrajioli no texto supra citado.

Daí Viciano e Martínez (2010, p. 17) afirmarem que:

> *El Neoconstitucionalismo desde ese punto de vista es uma teoría del Derecho y no, propiamente, una teoría de la Constitución. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario el análisis de la legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida.*

Segue apontando como características dessa transformação:

I. a existência de fins materiais específicos;

II. a preponderância de princípios e, por consequência;

III. a leitura do ordenamento em geral, tomando os textos constitucionais como fundamento da análise.

É pertinente explorar essas três características, que não são as únicas, porém as mais distintivas do Constitucionalismo pós-guerras mundiais.

Os fins materiais específicos aparecem no rastro da realização dos direitos fundamentais. Em raiz, esses direitos tratam de pretensões morais justificadas sobre a dignidade humana; da realização dessa dignidade reconhecendo a igualdade entre os seres humanos; e as necessidades comuns a todos cuja satisfação se faz necessária para a observação de uma existência plena (MARTINEZ, 1995, p. 101 e ss.).

Alexy (2003, p. 33) aponta quatro extremos que marcam a posição desses direitos no sistema jurídico. Primeiro, a máxima classificação ou superioridade derivada do simples fato de estarem inscritos na constituição e ainda baseados no princípio de que a lei superior derroga a lei inferior. O segundo é a máxima força jurídica, ou seja, no ordenamento alemão, citado como exemplo, as normas de direitos fundamentais vinculam todos os poderes do Estado. O que antecipa a terceira característica apontada por Viciano e Martínez, que trata da leitura do ordenamento tomando por base as disposições constitucionais. Os outros dois "extremos" apontados pelo autor alemão são a importância do objeto e o alto grau de indeterminação. Ambos importantes para a teoria dos direitos fundamentais e para a apreciação da matéria constitucional, mas não tão relevantes para os marcos do Constitucionalismo aos quais o trabalho está limitado.

Acerca da preponderância dos princípios, encontra-se que essa se consolida como técnica de conformação de duas acepções do constitucionalismo. A primeira, já vista, trata de um Estado de direito, no qual a constituição limita-se a descrever funções, delimitar poderes e dar forma ao ordenamento. Já a tradição social, reformista, concebe a constituição como um projeto político articulado, dirigista, transformador da realidade social (SANCHÍS, 2003, p. 125).

Desse embate tem-se a reformulação do controle da legitimidade das normas, através de cortes constitucionais, e a vinculação da vontade legislativa, como já mencionado aos programas da constituição.

Referendando essa última observação Sanchís afirma:

> *(...) no cabe Duda que el Estado constitucional representa una fórmula del Estado de Derecho, acaso su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de Derecho es el somentimiento del poder al Derecho, solo cuando existe uma verdadera Constitución esse somentimiento comprende también al legislativo. (...) "el poder legislativo está limitado por la Constitución y por los Tribunales, ordinarios o especiales según los sistemas, que velan por la garantía de la constitucionalidad de las leyes" (SANCHÍS, 2003, p. 129).*

A diversidade de mudanças nos paradigmas constitucionais permite assumir o surgi-

mento de um Estado (neo)constitucional, e ainda que as diferentes combinações desses paradigmas, materializados nos mais diversos textos e sistemas constitucionais, signifiquem, talvez, não em um, mas em vários Neoconstitucionalismos (CARBONNEL, 2003, p. 9).

2.2 O novo constitucionalismo

Será o novo Constitucionalismo um ramo do Neoconstitucionalismo ou um Constitucionalismo realmente inédito? Para Viciano e Martínez (2010, p. 18), que sugerem a nova categoria, as constituições dessa corrente rompem com paradigmas consolidados desde a concepção moderna o que justifica a criação, mas, antes disso, reconhece que o novo Constitucionalismo "*assume las posiciones del Neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no es sólo la dimensión jurídica de la Constitución*". Entretanto, destacam que a nova proposta recupera o ideal jacobino radical-democrático, ou seja, a busca pela soberania popular de modo que apenas através da vontade manifesta dos cidadãos as normas constitucionais sejam emendadas ou alteradas.

De acordo com essa visão, o Constitucionalismo liberal e o Neoconstitucionalismo não se ocuparam da vontade constituinte[13]. Pedro V. García descreve que:

> *O poder soberano do povo, cuja presença se fazia indiscutível como protagonista do Ato Constitucional, converter-se-ia, assim, a partir da promulgação da Constituição, em um poder apático e oculto, cuja vontade e existência só poderiam adquirir dimensões históricas concretas na atuação e na vigência de sua própria obra como poder constituinte. O princípio político da soberania popular se transformava no princípio da supremacia constitucional (GARCÍA, 2006, p. 494).*

Viciano e Martínez seguem descrevendo dialeticamente o novo Constitucionalismo ante o Neoconstitucionalismo, trazendo que este está erigido sobre o axioma democrático; por conseguinte, o fundamento da constitucionalização do ordenamento jurídico é o mandato do poder constituinte, que reside no povo[14] e reflete a sua vontade (2010, p. 19). Para dizer que, por essa razão, o "Estado constitucional só pode ser regido por uma constituição legitimada diretamente pela cidadania, e não por seus representantes" (2010, p. 19)[15].

Coerentes a esse mesmo entendimento, encontramos outros argumentos na doutrina e na filosofia jurídica.

---

13 Essa é entendida como a vontade – aqui entendida como intenção racional de realizar – manifesta pelos detentores do poder político (cidadão, membros de uma assembleia constituinte) no ato constitutivo.

14 "Deve-se compreender como povo o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano." (DALLARI, 2005, p. 99-100.)

15 Tradução literal do autor.

Em Teoria da Norma Jurídica, de Arnaldo Vasconcelos, é analisada essa relação do poder de criar norma e o poder popular. Afirma o autor que o poder de criação normativa jurídico não é originário nem é exclusivo do Estado. A sociedade transfere não a prerrogativa de criação do direito, mas o poder necessário a guarda e aplicação do mesmo. O único monopólio transferido é o do poder de sansão. Prossegue que a fundação do Estado significa uma transferência de poderes da sociedade ao ente criado, porém não implica numa alienação do mesmo. O legado liberalista é esse, de que a sociedade é a titular do poder e do direito e o Estado o exerce por delegação. Então, este se tem por juiz da legalidade e aquela por árbitra maior da legitimidade (VASCONCELOS, 1996, p. 246).

Vasconcelos (1996, p. 246-247) cita Ihering ao dizer que a força suprema do direito é a "manifestação constate e firme do sentimento jurídico", e aplica o fundamento citado para a nação, e afirma que esta se exprime na forma simbólica de um "plebiscito de todos os dias", no sentido da permanente atualização da "vontade geral" de Russeau que, por sua vez, é o fundamento imprescindível de toda a lei.

Retomando a construção do novo constitucionalismo, encontrara-se, ainda na definição de Viciano e Martínez (2010, p. 19), que este defende que o conteúdo da constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, quer dizer, deve contemplar mecanismos de participação política direta da cidadania.

Neste ponto encontra-se uma ponte entre a proposta de Maria da Graça S. Dias (2009, p. 49) sobre direito e democracia e as estruturas das constituições do novo constitucionalismo. Para ela:

> *A verdadeira democracia consiste na abertura de espaços de participação em todos os setores da vida, permitindo a cada ator a afirmação de sua identidade, o desenvolvimento de vínculos, o desenvolvimento da consciência política e da responsabilidade social, bem como a realização de sua autonomia.*

Para os autores ibéricos, as causas da formação do caráter democrático mais "radical" do novo Constitucionalismo encontram-se nos

> *(...) recientes procesos constituyentes latinoamericanos, por lo tanto, pasan a ser procesos necesarios en el devenir de la historia (VICIANE, MARTÍNEZ, 2005, p. 61), como resultado directo de los conflictos sociales que aparecieron durante la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta, y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos (VICIANO, MARTÍNEZ, 2010, p. 19).*

Outra causa possível para o fenômeno em questão é apontada por Pedro V. García, tendo por base os referenciais epistemológicos modernos e os paradigmas éticos, e dizer que:

> *(...) a única palingenesia possível da realidade constitucional – utilizando a fórmula de Lucas Verdú (Palingenesia politici) –, para evitar que o Direito Constitucional termine sendo a sua última vítima, não pode ser outra senão o resgate do princípio democrático. (...) Todavia, frente ao assentamento histórico indiscutível do princípio liberal, a realização do princípio democrático foi sempre limitada, contraditória e confusa (GARCÍA, 2006, p. 506).*

A colocação feita por Viciano e Martínez de que o novo Constitucionalismo é uma reação social-histórica de forças políticas para a construção de um novo direito, mais "legítimo", porque mais democrático, ou ainda por estar mais próximo de um marco ético social de base ampliada, plural (VICIANO, 2010, p. 23), coincide com a constatação exposta em Ética e Direito por Osvaldo Ferreira de Melo.

> *Essa constatação de que o Direito é fenômeno cultural, construído historicamente pela experiência na vida social e nas práticas comunitárias, com a influência de variadas manifestações ideológicas, deve explicar a formação histórica dos princípios gerais de direito e, em grau especialíssimo, daqueles que garantem o elenco dos direitos humanos no Constitucionalismo contemporâneo (MELO, 2009, p. 77).*

O resultado da instrumentalização desses meios democráticos é a limitação de reformas e emendas às constituições somente mediante autorização popular. Aqui, aparece o ineditismo posto que tradicionalmente reconhecia-se um poder constituinte derivado, porém com bastante coerência as constituições sul-americanas não preveem que outro agente seja capaz de alterá-las senão aquele que as criou. Sendo assim, o processo reformador só pode ser desencadeado com autorização popular na Venezuela, por exemplo (VICIANO, MARTÍNEZ, 2008, p. 102-132).

Esta busca por legitimidade democrática, que acabou plasmada em processos constituintes de amplo espectro ideológico, axiológico levou a incorporação de princípios inéditos e a reafirmação de outros, como é o caso da solidariedade.

A esse respeito os autores do novo Constitucionalismo trazem:

> *(...) las nuevas constituciones plantean en mayor o menor medida, de acuerdo con su realidad social, la integración de sectores marginados históricamente, como es el caso de los pueblos indígenas. Si bien estos pueblos ya contaban con algunos de sus derechos reconocidos en los primeros ejemplos reales del nuevo constitucionalismo, el planteamiento más radical al respecto se ha producido en la Constitución boliviana de 2009, que establece um Estado plurinacional no sólo formalmente – a través de metaconceptos –, sino materialmente, con el reconocimiento de la autonomia indíge-*

na (arts. 289 y ss), del pluralismo jurídico (art. 178), de um sistema de jurisdicción indígena sin relación de subordinación con la jurisdicción ordinaria32 (arts. 179, II, 192, 410) -jurisdicción ordinaria que Chivi (2010: 410) ha calificado de "pesada herencia colonial"-, de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas (arts. 30 y ss), de la elección a través de formas propias de sus representantes. (VICIANO, MARTÍNEZ, 2010, p. 36).

Do exposto, constate-se que de fato o novo Constitucionalismo sul-americano avança em conquistas históricas e que, para além de uma teoria do direito, constrói novas pontes entre as dimensões política e jurídica do constitucionalismo.

Nomeadamente trata-se de uma consubstanciação de um ideal democrático que se estende para além do estabelecimento de formas de organização do poder político e do arrolamento de direitos e garantias fundamentais, ou de uma ressignificação da teoria constitucional com vistas à construção de um método interpretativo novo que constitucionalize o ordenamento.

O inovador destas constituições está em: (1) materializar, através de instrumentos de democracia participativa e novas formas de alteração ou revisão do texto constitucional, a soberania (ou respeito) à vontade popular como elemento-chave na construção político-normativa; (2) no resgate da solidariedade como princípio basilar; e (3) na inscrição de princípios inéditos, trazidos pelo caráter eminentemente plural, quer no sentido normativo, quer no axiológico, como os que estabelecem o reconhecimento de jurisdição do "direito" dos povos indígenas e a natureza como sujeito de direitos. Não obstante, a preservação das instituições de democracia representativa e da jurisdição convencional existente desde as primeiras constituições modernas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição e o Constitucionalismo estão construídos como conceitos jurídicos e políticos, o que implica, como demonstrado, serem significantes de outros signos; são, portanto, veículos ideais da justiça se tomado o traço distintivo apontado por Maria da Graça S. Dias. Nesse, justiça é significada partindo de dados sócio-históricos; refere-se a condições concretas de vida, de saúde, educação e outros indicadores possíveis de bem-estar. Essa variabilidade de estados determina a mutabilidade do ideal de justiça, cerne da organização política e jurídica da sociedade e, portanto, a grande amplitude de situações, a normatizar pelas constituições. É em virtude dessa significação de justiça que o novo Constitucionalismo abre-se para uma leitura democrática renovada, legitimadora do direito que produz, em consonância com a posição de López Calera, em Maria da Graça Dias, que nos traz a necessidade de um

Direito democrático, que resolva as questões da vida em sua cotidianeidade, pois os problemas da justiça são essencialmente práticos e concretos; referem-se às demandas existenciais do homem (DIAS, 2009, p. 40-42).

O Neoconstitucionalismo por si já é uma corrente vasta e com várias ramificações e manifestações. Contudo, sugere-se que o novo constitucionalismo, ao resgatar o paradigma da legitimidade através da pluralidade democrática e da vinculação à vontade popular, rompe com os termos nos quais as constituições do pós-guerra funcionam de modo a merecer senão uma nova categoria, ao menos, um adjetivo próprio.

Por fim, todo um novo espectro de discussões surge com as novidades trazidas pelo novo pluralismo axiológico e jurídico, por exemplo, as implicações da inscrição da jurisdicionalidade do direito consuetudinário indígena e o controle de constitucionalidade concentrado, ou o misto, pela ordem formalmente estabelecida.

A esse respeito e a título de estímulo, sugere-se a seguinte questão.

Reconhecido constitucionalmente o pluralismo jurídico, assume-se então a pluralidade axiológica dessa ordem jurídica proposta pelo novo constitucionalismo, dada a participação de membros dos povos indígenas na composição das cortes constitucionais. Todavia, a construção desses novos estados plurinacionais implica no surgimento de uma identidade constitucional, ou institucional, que já não é a derivada exclusivamente da cultura da classe descendente do elemento colonizador europeu, bem como também não o é das culturas originais dos povos pré-colombianos.

Por conseguinte, a depender de como se dará a operacionalização desses novos sistemas e da análise a se fazer da jurisprudência por eles produzida, pode-se verificar o estabelecimento de uma ordem político-jurídica capaz de coadunar valores múltiplos sob um mesmo guarda-chuva de direitos fundamentais; e hábil para promover uma estética social pautada na harmonização de seus diversos grupos através do reconhecimento da pluralidade de formas de resolução de conflitos. O que pode servir eventualmente de modelo para outras composições sociais nas quais o elemento plural-jurídico não esteja identificado, ou associado, a um povo/etnia particular, mas a um grupo social histórico definido. Por exemplo: comunidades quilombolas e pequenas comunidades de imigrantes ainda não integradas aos padrões sociais majoritários do Estado ou região.

Restará considerar de que maneira esse reconhecimento da pluralidade jurídica comportar-se-á com a evolução natural das culturas, se tenderá a transforma-se num instrumento de preservação de identidades étnico-tradicionais, ou se permitirá trocas heterogêneas de soluções entre as diferentes jurisdições. Questões que certamente escapam da esfera

de análise jurídica e política, portanto, está além dos comentários propostos nesse breve trabalho[16].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 1.ed. rev. e ampl. (Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti). São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, R. Derechos fundamentales y estado constitucional democrático. (Tradução de Alfonso García Figueroa). *In*: CARBONNEL, M. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Tortta, 2003.

ALMEIDA FILHO, A. Constituição e Estado Constitucional: Ruptura ou Continuidade... *In:* ALMEIDA FILHO, A. *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARISTÓTELES. *Política*. (Tradução de Pedro Constantin Tolens). São Paulo: Martin Claret, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. (Tradução de Ari Marcelo Sólon). São Paulo: Edipro, 2011.

BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*. 13.ed. v.2. (Tradução de Camem C. Varriale *et. al.*) Brasília: UNB, 2008.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 20.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

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

CARBONNEL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Tortta, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, M.G.S. Justiça: referente ético do Direito. *In*: DIAS, M.G.S.; MELO, O.F.; SILVA, M.M. *Política Jurídica e Pós–Modernidade*. Florianópolis: Conceito, 2009.

FERRAJIOLI, L. Pasado y futuro del estado de derecho. *In:* CARBONNEL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

16 Sobre essa questão sugerimos: YRIGOYEN FAJARDO, R. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indigena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. *In*: BERRAONDO, M. (coord.). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 537-567.

GARCÍA, P.V. Mundialização e Direito Constitucional: a crise do princípio democrático no Constitucionalismo atual. *In*: ALEMEIDA FILHO, A.; PINTO FILHO, F.B.M. *Constitucionalismo e Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUASTINI, R. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, M. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

HABERMANS, Jürgen. *The postnational constellation:* political essays. (Translation by Max Pensky). Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001.

MARTINEZ, G.P-B. *Curso de derechos fundamentales*: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

MELO, O.F. Ética e Direito. *In*: DIAS, M.G.S.; MELO, O.F.; SILVA, M.M. *Política Jurídica e Pós–Modernidade*. Florianópolis: Conceito, 2009.

PASOLD, C.L. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*: teoria e prática. 11.ed. Florianópolis: Conceito; Millenium, 2008.

REALE, M. *Teoria Tridimensional do Direito*: situação atual. 5.ed. São Paulo: Saraiva,1994.

SANCHÍS, L.P. Neoconstitucionalismo e ponderação judicial. In: CARBONNEL, M. (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

VASCONCELOS, A. *Teoria da norma jurídica*. 4.ed. Rio de Janeiro: Malheiros Editores, 1996.

VICIANO, R.; MARTÍNEZ, R. Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007). *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*. 2008, v.14, n.2, may-ago., p. 102-132.

_____. Aspectos generales del nuevo Constitucionalismo latinoamericano. *In*: CORTE CONSTITUCIONAL de Ecuador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.