

# O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: DESAFIOS PARA UMA MAIOR APROXIMAÇÃO BRASILEIRA ATRAVÉS DA LEI Nº. 13.123/2015<sup>1</sup>

LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONALISM: CHALLENGES TO A  
GREATER BRAZILIAN UNION BY LAW N. 13.123/2015

*Valéria Ribas do Nascimento*<sup>2</sup>

*Evilhane Jum Martins*<sup>3</sup>

*Micheli Capuano Irigaray*<sup>4</sup>

## Resumo

Em um período em que as transformações socioculturais vivenciadas na América Latina buscam a redefinição da organização social enquanto medida necessária ao que se chama de processo de descolonização, a análise reflexiva acerca das disposições constitucionais sob a ótica multicultural em um momento de afirmação e reconhecimento de identidades, é medida que se impõe. A Lei nº. 13.123/2015, desde que analisada juntamente com os fundamentos do pluralismo e da plurinacionalidade, pode ser capaz de redefinir as perspectivas

<sup>1</sup> Artigo submetido em 27/07/2015, pareceres de análise em 19/05/2015 e 21/05/2015, aprovação comunicada em 24/07/2016.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na Universidade de Sevilha (US); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM; Professora do PPGD da UFSM; Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI) e coordenadora do Núcleo de Direito Constitucional (NDC), formado a partir do grupo de pesquisa intitulado “A reconstrução de sentido do constitucionalismo”, vinculados à UFSM, este com patrocínio do CNPQ/CAPES Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES – n.º 07/2011. E-mail: <valribas@terra.com.br>.

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, no programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global, linha de pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da Universidade Federal de Santa Maria – GPDS. Integrante do Grupo de Pesquisa Tutela de Direitos e sua Efetividade – URI Santo Ângelo. E-mail: <evilhane\_martins@hotmail.com>.

<sup>4</sup> Mestranda da Universidade Federal de Santa Maria, no programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global, linha de pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Bacharel em Direito, Especialização em Direito Civil e Direito Constitucional e Ambiental, pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP. Advogada, Docente da Rede Pública Estadual – Curso Técnico em Contabilidade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade da Universidade Federal de Santa Maria - GPDS. E-mail: <capgaray@brturbo.com.br>.

neoconstitucionalistas da Constituição Federal de 1988 aproximando-a do novo constitucionalismo latino-americano. Busca-se responder a seguinte problemática: Tendo em vista a classificação doutrinária majoritária, em que a Constituição Federal Brasileira de 1988 seria pertencente ao neoconstitucionalismo, quais as possibilidades de verificar sua aproximação com o novo constitucionalismo latino-americano, através do reconhecimento de aspectos socioculturais, que desencadeiam inclusive a Lei nº. 13.123/2015? Para responder a este questionamento, a metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem optou-se pela perspectiva sistêmico-complexa. Os procedimentos elegidos foram a pesquisa bibliográfica e documental (em meios físicos e digitais – sites e redes sociais). A técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

**Palavras-chave:** Novo constitucionalismo latino-americano; Plurinacionalidade; Constituição Federal de 1988; Projeto de Lei nº. 7.735/2014; Transformações socioculturais.

### Abstract

In a period when the socio-cultural transformation experienced in Latin America seeks to redefine the social organization as a necessary measure to what is called decolonization process, a reflective analysis about the constitutional arrangements in the multicultural perspective in a moment of affirmation and recognition of identities, is necessary. Law Project n. 7735/2014 if discussed within the foundations of pluralism and multiple nationalities, may be able to reset the neo-constitutional prospects of the Federal Constitution of 1988, approaching it to the new Latin-American constitutionalism. We seek to answer the following questions: In view of the majority doctrinal classification, in which the Brazilian Federal Constitution of 1988 would belong to neo-constitutionalism, what are the possibilities to verify its proximity with the new Latin-American constitutionalism, through the recognition of cultural aspects, which also trigger Law Project n. 7735/2014? To answer this question, the methodology used is: Basic Theory/Approach Procedure and Technique. As Base and Approach Theory we opted for the systemic-complex perspective. The procedures were elected were literature and documental (in physical and digital media - websites and social networks). The technique was to build summaries and extended abstracts.

**Keywords:** New constitutionalism Latin American; Plurinationality; Federal Constitution of 1988; Project of law nº. 7.735/2014; Sociocultural transformations.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. As tendências do constitucionalismo latino-americano, os estados plurinacionais e o Direito Fundamental das populações (so)negadas. 2.1. Os movimentos constitucionais em países sul-americanos: Bolívia, Equador e Venezuela. 3. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo latino-americano: possível interconexão? 3.1. América Latina e sua história constitucional: o possível início do processo de descolonização no âmbito normativo. 3.2. Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo Latino-americano: o caso da República Federativa do Brasil. 4. A importância sociocultural da Lei 13.123/2015 e a possível (re)interpretação da constituição federal de 1988 sob uma nova ótica. 4.1. A adequação da Constituição Federal de 1988 com o espaço tempo atual: influências e aproximações com o novo constitucionalismo latino-americano através da Lei 13.123/2015. 4.2. As propostas socioculturais inseridas na Lei 13.123/2015. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“26 de janeiro” - No dia de hoje do ano de 2009, um plebiscito popular disse sim à nova Constituição proposta pelo presidente Evo Morales. Até este dia, os índios não eram filhos da Bolívia: eram sua mão de obra, e só. (...) Para muitos jornalistas estrangeiros, a Bolívia é um país ingovernável (...) um país invisível. E não há nada de estranho nisso, porque até o dia de hoje também a Bolívia foi um país cego de si. (GALEANO, 2014, p. 40)

O Constitucionalismo Contemporâneo na América Latina vem surgindo enquanto mudança de paradigma que visa implementar parâmetros de descolonização e reaproximação das características originárias dos povos latinos em sua essência, permeando pela representação do Estado Plurinacional, para o surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano. Esse novo modelo constitucional latino-americano é fruto de reivindicações de comunidades locais, que em todo contexto histórico existente até a atualidade, manteve sua identidade sociocultural própria excluída do cenário global.

Nesse aspecto, funda-se uma nova ordem constitucional cujo objetivo precípuo cinge-se em equiparar a carta constitucional às raízes territoriais e socioculturais, existindo entretanto discrepâncias no que diz respeito ao avanço de tais fundamentos no plano prático, as quais modificam-se conforme a estrutura e as regras societárias preexistentes em cada país.

Concedendo enfoque à historicidade e perspectivas do Estado brasileiro, vislumbra-se a existência de redirecionamentos no que tange ao reconhecimento da identidade sociocultural de seu povo e uma possível reinterpretação de determinadas questões atinentes a estrutura social, à luz das normas constitucionais. No plano prático, pode-se afirmar que a Lei nº. 13.123/2015 permite conduzir, ainda que de forma inicial, novas releituras da questão sociocultural na sociedade brasileira, passando-se então a encarar os ditames constitucionais já positivados sob uma nova ótica.

Diante de tais argumentos, a pesquisa que aqui se delineia objetiva verificar as atuais perspectivas da Constituição Federal de 1988 perante os anseios sociais existentes, visando a manutenção ou reinvenção de suas raízes neoconstitucionais, para que após se possa analisar especificamente as novas vertentes da

ressignificação da identidade originária dos povos e culturas no território brasileiro a partir da insurgência da Lei nº. 13.123/2015.

Em decorrência, a reflexão proposta consiste na seguinte problemática: Tendo em vista a classificação doutrinária majoritária, em que a Constituição Federal Brasileira de 1988 seria pertencente ao neoconstitucionalismo, quais as possibilidades de verificar sua aproximação com o novo constitucionalismo latino-americano, através do reconhecimento de aspectos socioculturais, que desencadeiam inclusive a Lei nº. 13.123/2015?

Para responder a este questionamento, a metodologia empregada obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Como Teoria de Base e Abordagem optou-se pela perspectiva sistêmico-complexa, utilizando-se autores com visão multidisciplinar e conectando áreas do saber como ecologia, ciência política, sociologia e direito em uma perspectiva sistêmica e complexa enquanto Teoria de Base. Os procedimentos elegidos foram a pesquisa bibliográfica e documental (em meios físicos e digitais – sites e redes sociais). A técnica empregada foi a construção de fichamentos e resumos estendidos.

Dessa forma, a pesquisa que aqui se desenvolve está dividida em três seções: na primeira seção aborda-se as atuais tendências do constitucionalismo em território latino-americano, bem como o surgimento dos Estados Plurinacionais, as populações (so)negadas, de modo a interrelacionar os pontos propostos. Em continuidade, na segunda seção busca-se averiguar as decorrências formais e práticas das raízes neoconstitucionalistas brasileiras e a possível interconexão do constitucionalismo brasileiro com o novo constitucionalismo latino-americano no momento atual de desenvolvimento da sociedade. Por conseguinte, visando a efetiva demonstração dos possíveis reordenamentos atinentes a releitura constitucional, averigua-se conceitos e finalidades relacionadas com o pluralismo enquanto fundamento constitucional, a plurinacionalidade quando reconhecida pelo Estado, bem como a aproximação de determinadas disposições da Lei nº. 13.123/2015 à essência da plurinacionalidade e por conseguinte, do novo constitucionalismo latino-americano.

Em virtude dos argumentos apresentados, repensar o constitucionalismo brasileiro em consonância com a historicidade e identidade de seus povos é tarefa

irremediável, tendo em vista o processo de reconhecimento próprio fadado à América Latina.

## **2 AS TENDÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, OS ESTADOS PLURINACIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL DAS POPULAÇÕES (SO)NEGADAS**

Seguindo os autores espanhóis Rubén Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor, no que diz respeito a classificação sobre neoconstitucionalismo - que poderia se identificar a uma ressignificação da própria teoria do direito - o novo constitucionalismo foca seu interesse na relação democrática que dará origem às Constituições e a ampliação dos mecanismos democráticos das mesmas, possuindo uma maior preocupação política do que jurídica.

Já o constitucionalismo latino-americano identifica-se com as causas sociais, bem como, com o redirecionamento jurídico em favor das populações (so)negadas de suas necessidades fundamentais (MARTÍNEZ DALMAU; VICIANO PASTOR, 2010, p. 18-19).

Na busca por respostas para o problema da desigualdade social vive-se a época de constitucionalismos na América Latina, com destaque para as últimas Constituições da Bolívia (2009), Equador (2008) e Venezuela (1999), que tem lançado novas luzes sobre os pesquisadores e estudiosos sobre o tema.

### **2.1 Os movimentos constitucionais em países sul-americanos: Bolívia, Equador e Venezuela**

Antonio Carlos Wolkmer, citando Boaventura de Sousa Santos, afirma que é importante destacar o protagonismo popular como uma característica marcante do novo constitucionalismo latino-americano (SANTOS apud WOLKMER; FAGUNDES, 2011). Esse rompimento com a prevalência da ideia de representação popular, no sentido da importância que é atribuída aos referendos aprovatórios e aos novos mecanismos de participação popular e democrática qualitativa, igualitária e inclusiva para as comunidades indígenas com respeito as suas formas decisórias, é percebida

na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia em seu art. 11, como segue:

Art. 11.

I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley.

2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley.

3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley (BOLÍVIA, 2013).

A presença da democracia intercultural é outra maneira de reconhecer a manifestação política da diferença e heterogeneidade. Segundo Santos a criação pela Constituição Boliviana de um Órgão Eleitoral Plurinacional, seria uma incorporação de um quarto poder ao lado da tradicional teoria da separação tripartite elaborada por Montesquieu. Ao lado dos clássicos Executivo, Legislativo e Judiciário, haveria um poder Plurinacional, cuja competência consistiria em controlar e supervisionar os processos de representação política (SANTOS, 2010, p. 86, 87 e 88).

Além dessas ideias democráticas, há que se destacar a importância da proteção aos sujeitos oprimidos no continente latino-americano, assim é frequente a expressão “nações” e “povos indígenas originários campesinos”.

Art. 2. Dada la existencia precolonial de las **naciones y pueblos indígena originario campesinos** y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley (grifou-se) (BOLÍVIA, 2013).

Outro fator mencionado por Wolkmer e Fagundes é a busca por uma articulação de diferentes institucionalidades, como o tribunal plurinacional boliviano e também as eleições para órgãos do governo como os juízes (*Consejo de la Magistratura*), até mesmo a cosmovisão ameríndia da *pachamama e sumac kawsay*,

o *sumac kamaña*, o bem viver (WOLKMER; FAGUNDES, 2011). Ainda, vale destacar a retirada o latim como língua jurídica, para dar maior acessibilidade à população. Cita-se, como exemplo, a modificação do *habeas corpus* para ação de liberdade e o *habeas data* para ação de proteção de privacidade (VICIANO PASTOR; MARTÍNES DALMAU, 2010, p. 32).

O art. 1 da atual Constituição Boliviana mostra claramente o giro proposto pelo constitucionalismo latino-americano que propõe a fundação de um Estado Plurinacional:

Art. 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país (BOLÍVIA, 2013).

Para Santos, *a plurinacionalidade é uma demanda pelo reconhecimento de outro conceito de nação, a nação concebida como pertencimento comum a uma etnia, cultura ou religião* (SANTOS, 2010). Ou seja, o que há de se buscar agora é a articulação de múltiplas culturas e o respeito às diferenças em vez da igualdade em homogeneização na perspectiva formal do Estado Clássico.

Para o jurista boliviano Idón M. Chivi Vargas, o Estado Plurinacional Comunitário surge devido à exigência histórica de um espaço de reconhecimento democrático as populações esquecidas:

Quién puede negar que Bolívia esta conformada por 36 naciones indígenas catalogadas como tales em los registros oficiales y particulares de ONG's y agencias de cooperación internacional (BID, BM, FMI). Nadie... Quien puede negar que debido a la inexistência del Estado em las áreas rurales, SUS habitantes (indígenas, originários o compesinos) tuvieron que dotarse de mecanismos institucionales propios e efectivos. Tuvieron que mantener mecanismos que viniendo del período pre colonial se mezclaron com practicas coloniales de los españoles y aún hoy persisten, aunque reconceptualizadas o que fueron reconceptualizadas desde una apreciación por la vida em común, em colectivo, porque solo así era posible sobrevivir a um Estado hostil, um Estado eurocêntrico o norteamericanizado (CHIVI VARGAS, 2010).

Além da Constituição Boliviana já mencionada, cita-se a Constituição do Equador (2008) e da Venezuela (1999). Talvez a maior contribuição da nova Constituição Equatoriana seja a visão biocêntrica que apresenta, ao introduzir o

conceito de “direitos da natureza”. Em seu preâmbulo celebra “a natureza, a Pacha Mama, de que somos parte e que é vital para nossa existência” e invoca a “sabedoria de todas as culturas que nos enriquecem como sociedade” (ECUADOR, 2013).

Do capítulo sétimo da nova Constituição constam os “Direitos da Natureza”. Em seu art. 71, dispõe:

Art. 71. A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente.

O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema (ECUADOR, 2013).

É possível citar resumidamente, além da previsão do direito à natureza, mais algumas inovações na Constituição equatoriana: o Presidente pode destituir a Assembleia Nacional e a Assembleia Nacional destituir o Presidente. Em ambos os casos, são convocadas, eleições gerais. É a chamada “morte cruzada”; O Presidente pode se reeleger uma única vez, para mais um período de quatro anos; Aumenta o Poder da Corte Constitucional; Presidência controlará a política monetária e creditícia; Estabelecido o sistema de Previdência Universal, inclusive para dona-de-casa e desempregados; Proibição de monopólios e oligopólios e que entidades financeiras sejam proprietárias de empresas de comunicação; união civil gay; proibição de arbitragem internacional em futuras disputas contratuais com empresas estrangeiras; recursos naturais são declarados propriedade do Estado; proibição de base militar estrangeira; o castelhano é a língua oficial, mas o *quéchua* e *schuar* são também idiomas oficiais de relação intercultural (BRASIL, FOLHA DE SÃO PAULO, 2013).

Além do reconhecimento de línguas indígenas é possível se perceber outras formas de manifestação democrática de baixo para cima, que nas palavras de Santos, são características dos Estados plurinacionais (SANTOS, 2010, p. 84). Cita-se, como exemplo, à referência já no preâmbulo à *sumak kawsay*, expressão originária da língua *quéchua*, que significa viver em plenitude (*sumak*: plenitude;

*kawsay*: viver) (BETTO, 2013). Efetivamente, na nova Constituição do Equador se reconhece o direito da população de viver em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que assegura a sustentabilidade e o viver bem ou *sumak kawsay*.

Também, na referida Carta, há referência expressa ao Estado plurinacional:

Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, **plurinacional** y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (grifou-se) (ECUADOR, 2013).

Já a Constituição da Venezuela (1999), alterada por referendo constitucional de 2009, igualmente consagra a manifestação no constitucionalismo latino-americano, em que pese à crítica recebida pela possibilidade de mandato presidencial com reeleição ilimitada, aprovado na última reforma constitucional.

No seu artigo 1º. consta:

Art. 1. Bolivia se constituye en un **Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario**, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país (grifou-se) (BOLIVIA, 2013).

Como bem se pode observar existe referência expressa ao Estado Plurinacional. Ademais a Constituição consagra a existência de cinco poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário, Cidadão e Eleitoral. Os dois últimos aumentam a participação democrática, pois a população venezuelana atua diretamente na política através dos conselhos comunais. Estes conselhos são comunidades de aproximadamente 200 famílias que moram próximos e possuem laços em comum. Através de assembleias populares os cidadãos decidem quais obras deverão ser executadas naquela comunidade. Estes grupos participam da política chegando a propor e aprovar leis, como por exemplo, a Lei de Terras, leis contra o açambarcamento em supermercados e a própria lei dos conselhos comunais.

O modelo de Estado que consta no capítulo primeiro da Carta é claro ao expor várias manifestações em defesa das populações indígenas.

Art. 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

Art. 4. El Estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones. El Estado es independiente de la religión.

Art. 5. Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

El Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales. Uno de ellos debe ser el castellano, y el otro se decidirá tomando en cuenta el uso, la conveniencia, las circunstancias, las necesidades y preferencias de la población en su totalidad o del territorio en cuestión. Los demás gobiernos autónomos deben utilizar los idiomas propios de su territorio, y uno de ellos debe ser el castellano (grifou-se) (BOLIVIA, 2013).

Pode-se constatar, que ao encontro do que faz a Constituição Boliviana, a Constituição da Venezuela menciona as palavras “Nações” e “Povos indígenas originários campesinos”, além de inovar mencionando a expressão “cosmovisões” e a utilização de “dois idiomas oficiais”.

Dessa forma, os três países ora mencionados: Bolívia, Equador e Venezuela, possuem as quatro características principais do constitucionalismo latino-americano, desenvolvidas por Viciano Pastor e Martínez Dalmau: originalidade, amplitude, complexidade e rigidez (VICIANO PASTOR; MARTINEZ DALMAU, 2010, p. 28).

Não se pode negar que os demais Estados latino-americanos compartilham de características ainda que gerais, abstratas ou genéricas que são comuns aos ideais do constitucionalismo latino-americano. Nesse sentido verifica-se a possibilidade de se estar perpassando por uma época de transição, em que os objetivos dos países andinos procuram adequar-se à realidade existente, havendo no entanto posicionamentos divergentes acerca da definição classificatória pertinente ao regime constitucional dos países latinos.

Nesse diapasão, passa-se agora, a questionar se essas mudanças no constitucionalismo andino identificam-se com as propostas neoconstitucionais, se

coadunam-se com os novos paradigmas do novo constitucionalismo latino-americano ou ainda, se resultam de uma possível interconexão entre ambos os modelos.

### **3 NEOCONSTITUCIONALISMO E CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: POSSÍVEL INTERCONEXÃO?**

Nos últimos anos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, houve (e continua em expansão) discussões sobre os processos modificativos do constitucionalismo, a partir de várias mudanças de abertura democrática, de desenvolvimento de justiça constitucionais e da busca pela maior efetividade dos direitos humanos em diferentes localizações geográficas e em diversos contextos históricos.

Milena Petters Melo (WOLKMER; PETERS MELO, 2013, p. 61) reproduziu bem uma das dúvidas constantes nesse trabalho, sobre a possibilidade de reunir-se em um único conceito teórico as diversidades de um movimento amplo. Assim, a aplicação de um *labeling approach* que agregue múltiplas tendências teóricas, socioculturais, jurídicas e políticas pode facilmente ser uma tentativa falha, ou ainda tendencialmente arbitrária.

De fato, o conceito de neoconstitucionalismo abrange diversos significados, de forma que inclusive, como já relatado, Carbonell faz uso do termo neoconstitucionalismos: exprimindo a ideia de uma complexidade de fenômenos (CARBONELL, 2007, p. 09). No entanto, o objetivo do trabalho não reside na formulação de uma resposta inatingível, de forma que o estudo destina-se justamente a indagação da possibilidade de identificação entre fenômenos distintos sem que haja a pretensão de exaurimento da matéria.

#### **3.1 América Latina e sua história constitucional: o possível início do processo de descolonização no âmbito normativo**

O desenvolvimento do neoconstitucionalismo demonstra a inexistência de premissas únicas e idênticas, já que o fenômeno pode ser identificado de maneiras diversas em contextos variados, mas que de alguma maneira se convergem na

formulação de constituições calcadas fortemente na presença de uma principiologia bem desenvolvida, nos mecanismos de controle constitucional e na busca pela efetivação dos direitos humanos.

Por outro lado, percebe-se que a tendência constante nos novos desenvolvimentos constitucionais da América Latina destinam-se na expansão do catálogo de direitos humanos e a incorporação de novas garantias e institutos de controle jurisdicional e administrativo (WOLKMER; PETERS MELO, 2013, p. 73). Ainda, como expõe Rubén Matínez Dalmau, o objetivo das novas construções se dá no avanço em âmbitos nos quais o constitucionalismo europeu ficou paralisado: a democracia participativa, a vigência dos direitos sociais e fundamentais, a busca de um novo papel da sociedade no Estado e a integração das minorias até agora marginalizadas (MATÍNEZ DALMAU, 2009).

Esses objetivos encontram-se facilmente perceptíveis no preâmbulo da constituição boliviana, o qual aqui reproduziremos para fins de identificação:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tempos de la colônia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia. (BOLÍVIA, 2009).

Assim, percebe-se claramente a tentativa de superação do colonialismo e da vigência de estruturas europeias no Estado boliviano, do mesmo modo que o processo constituinte dessas constituições também o fez. A partir da participação democrática da população e da aprovação dos textos através de referendos, surgem cartas constitucionais amplas e indubitavelmente comprometidas com os processos de descolonização.

Da mesma forma, a redescoberta de valores intrínsecos às tradições dos povos latinos contribuiu para o surgimento desse movimento único e peculiar e que, ao mesmo tempo por sua amplitude e densidade de conteúdos, faz surgir indagações sobre a possibilidade de uma ruptura ainda superior àquela proposta pelo neoconstitucionalismo.

A refundação do Estado, a partir das evoluções propostas pelo neoconstitucionalismo, já começou a dar suas caras a partir da década de 1950. Entretanto, as novas cartas constitucionais demonstram que tal refundação, aqui, se deu sobre novas bases, as quais dão extrema relevância a valores relacionados com a sociobiodiversidade e a práticas de bem-viver, gerando modelos de Estado também chamados de “Estado Constitucional Ambiental” ou, ainda, “Estado Plurinacional”, tendo em vista a promoção da recuperação da soberania popular.

Houve, portanto, a inserção de novos atores e de novas bases reformadoras na América Latina, de forma que nesse contexto é possível que a importação de um contexto europeu já uma realidade latino-americana revele problemas substanciais. Inquestionavelmente, a visão eurocêntrica não é de todo capaz de compreender as especificidades e peculiaridades das inovações do constitucionalismo latino-americano, mormente no plano prático constitucional, com as repercussões políticas, econômicas e culturais da aplicação dessas novas cartas.

Ainda a perspectiva andina demonstra uma clara preocupação com a distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente realizados, de modo que a concretização constitucional assume especial relevância (WOLKMER, PETERS MELO, 2013, p. 79). Dessa maneira, o neoconstitucionalismo, por presumir como consumada a ocorrência de uma evolução precisa e irreversível primeiramente na Europa e posteriormente na

América Latina, pode ofuscar as variações temporais e evolutivas desse complexo processo.

Mesmo assim, encontra-se uma variedade imensa de atribuições de sentido ao neoconstitucionalismo, que apesar de trabalhar com premissas comuns, desenvolve-se independentemente e de maneiras diversas em cada experiência constitucional. Desta forma, apesar de o constitucionalismo latino-americano possuir peculiaridades que lhe são próprias e (ainda) exclusivas, encontra-se também sob as bases do neoconstitucionalismo, a medida em que se propõe a refundar o modelo de Estado com respaldo na forte aplicação dos direitos humanos e na reformulação do sistema de justiça.

### **3.2 Neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo Latino-americano: o caso da República Federativa do Brasil**

A ideia de Constituição e do papel que deve desempenhar vem percorrendo um longo caminho, desde o constitucionalismo liberal, com ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, até o constitucionalismo social, de direitos ligados à promoção da igualdade material, acarretando uma ampliação das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social. (BARROSO, 2010, p. 85).

Pensar o papel do Estado, de suas potencialidades na proteção e efetivação de direitos fundamentais são reflexões necessárias para identificarmos a situação do Brasil, no contexto Latino-americano no que tange a constitucionalização de direitos.

No Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regime militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988. (BARROSO, 2010, p. 86). Nesse cenário alguns doutrinadores divergem quanto a identificação da Constituição Brasileira pertencer ao Neoconstitucionalismo - fenômeno relativamente recente do Estado Constitucional Contemporâneo -, assim como no que se refere a possível influência do Novo Constitucionalismo Latino-americano nos ditames expostos pela Carta Magna de 1988.

Ao analisar as Constituições contemporâneas que incorporaram um grande número de princípios morais que representam o núcleo de ética da modernidade -

democracia e soberania popular, igualdade e direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo representa constituições que não se limitam a disposição de competência ou separação dos poderes públicos, mas contém um alto nível de normas materiais ou substantivas que condicionam o Estado por meios de fins e objetivos. (NASCIMENTO, 2011, p. 83).

A base filosófica do neoconstitucionalismo não chega a romper de todo com a tradição juspositivista anterior, mas o supera até certo ponto, reciclando igualmente alguns postulados do jusnaturalismo, numa simbiose que culminou no que se pode chamar de pós-positivismo (BARROSO, 2007), doutrina que não abandona a superestimação do direito posto, porém atribui normatividade aos princípios, com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais. (WOLKMER, 2011, p. 177)

Segundo Wolkmer, a Constituição Brasileira, faz parte do primeiro ciclo de um constitucionalismo insurgente, também denominado de constitucionalismo andino, que ganha força na América Latina diante das políticas e dos novos processos constituintes, marcados por movimentos sociais e descentralizadores. (WOLKMER, 2011, p. 403)

Para Carbonel as constituições da Argentina, Brasil, Colômbia e México, fazem parte do neoconstitucionalismo, que no âmbito da cultura jurídica, assim como na Itália e Espanha, representando um conjunto de textos constitucionais, que começaram a surgir depois da segunda guerra mundial e principalmente a partir dos anos 70 do século XX. Caracterizando-se principalmente por serem constituições que não se limitaram a estabelecer competências e a separar os poderes públicos, mas também contem altos níveis de normas materiais e substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio ordenação de certos fins e objetivos. (CARBONELL, 2007, p. 9-10)

As constituições da Venezuela, Bolívia e Equador, segundo Wolkmer, apresentam os traços marcantes do novo constitucionalismo latino-americano, principalmente, por apresentarem no seus preâmbulos que conferem às cartas certa “espiritualidade” ao situá-las no contexto histórico do país, com especial atenção às desigualdades, explorações de dizimações, ao mesmo tempo projetando-as em sua finalidade programática; capítulos iniciais que estabelecem conceitos e princípios sobre os quais se funda o pacto social; presença bastante densa de normas-princípios e preceitos teleológicos e axiológicos, alçados à condição de “valores

superiores” (constituição da Venezuela) ou “princípios ético-morais” (constituição da Bolívia), dentre os quais cabe destacar: unidade, inclusão, dignidade, igualdade de oportunidade, equidade social e de gênero na participação, bem-estar, justiça social, redistribuição equitativa dos produtos e bens sociais, preeminência dos direitos humanos, pluralismo político; reconhecimento da eficácia direta das normas constitucionais, consagrando sua supremacia sobre todo o ordenamento e sua inarredável força vinculante para com pessoas naturais, jurídicas e poderes públicos (referência nos artigos 410 e 411 da constituição boliviana e 424 a 429 da carta do Equador); construção de um novo modelo de estado, expressado não só na sua intitulação (*Estado democrático y social de derecho e de justicia na Venezuela*, de um *Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario* na Bolívia e de um *Estado constitucional de derechos y justicia* no Equador), como também na sua reconfiguração estrutural, que será examinada adiante; “projeção social do Estado”, com a manutenção da propriedade entre outros que ainda não foram identificados pelo autor na Constituição Brasileira de 1988. (WOLKMER, 2011, p.180)

Observa-se assim a existência de posicionamento doutrinário uníssono no que concerne ao surgimento de um novo modelo de constitucionalismo no território latino-americano. Porém há discordâncias quanto à classificação da Constituição Federal de 1988, que embora possa conter características pontuais relativas ao novo constitucionalismo latino-americano, não refuta certos pressupostos neoconstitucionais refletidos em seu texto.

Diante de tais aspectos, analisar-se-á por conseguinte o texto constitucional da Carta Magna de 1988, levando em conta o espaço-tempo em que está inserido. Verificar-se-á ainda as questões socioculturais que podem influenciar a releitura da norma constitucional, além da edição de norma(s) infraconstitucional (is) capaz(es) de sedimentar a possibilidade de vislumbrar-se a Constituição Federal de 1988 com um novo olhar.

#### **4 A IMPORTÂNCIA SOCIOCULTURAL DA LEI Nº. 13.123/2015 E A POSSÍVEL (RE)INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB UMA NOVA ÓTICA**

Os argumentos expendidos nas seções anteriores revelam de maneira clara dois contrapontos: o primeiro diz respeito ao ímpeto social dos povos latino-

americanos por adequar a ordem constitucional à realidade vivida no continente e às necessidades prementes dos cidadãos latinos; já o segundo nos demonstra de forma inequívoca a influência direta que os países colonizadores do continente exerceram (e talvez ainda exerçam) na formação constitucional dos países que compõem o território latino-americano<sup>5</sup>.

Gargarella (2011, p. 90) afirma que, apesar de a ordem político-social da América Latina no século XIX ter sido sedimentada de maneira legítima, estes seriam decorrentes de um acordo efetuado entre liberais e conservadores, que apesar de alimentarem diversos pontos incomuns, uniram-se em prol de objetivos específicos:

a ambos os grupos les interesaba la defensa de la propiedad privada, amenazada por las demandas crecientes de grupos políticamente cada vez más exigentes. Em este sentido, liberales y conservadores se mostraban temerosos de las consecuencias posibles, previsibles, de un involucramiento masivo y activo de las masas em el sistema de toma de decisiones. El resultado de los acuerdos entre liberales y conservadores implicó la adopción de um esquema constitucional que supo combinar rasgos valorados por ambos grupos. El producto finalmente adoptado, em la mayoría de los países, fue híbrido: un sistema de tipo liberal, organizado a partir de la idea norte-americana de los “frenos y contrapesos”, pelo desbalanceado em virtud de una autoridad ejecutiva más poderosa, como la demandada por los sectores conservadores.

Veja-se que diante da historicidade que rege o continente latino-americano, torna-se impossível negar ou desconsiderar a influência europeia que se perpetuou nas normas constitucionais dos países que o compõe, assim como a apropriação por estes, de costumes e ideais que não eram (ou não são) os seus<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> A fim de corroborar os argumentos antes expendidos, veja-se a lição de Cenci e Bedin: ... cabe destacar a diferença (e, mais do que isso, a desigualdade) existente entre os lugares historicamente ocupados, por exemplo, pela Europa e pela América Latina, o que se reflete, evidentemente, nas histórias constitucionais: se, de um lado, o constitucionalismo europeu conviveu tranquilamente com a manutenção de colônias de exploração (o que evidencia uma absurda dissintonia entre os discursos constitucionais europeus e as práticas disseminadas no âmbito das colônias), os países latino-americanos estiveram, de outro lado, na condição de explorados cultural e economicamente. Enquanto os países europeus e os Estados Unidos da América incorporavam politicamente os ideais liberais, consolidando o Estado de Direito e as Constituições nacionais, fundadas em processos revolucionários, a América Latina ostentava uma realidade social escravagista, desigual e uma organização política absolutamente subordinada aos países europeus colonizadores – especificamente, no caso, Espanha e Portugal (2013, p. 29).

<sup>6</sup> As concepções europeias normativas e sociais que constituíram a colonização da América Latina, apesar de influenciar diretamente nos costumes e regras utilizados na região por séculos, serviram como alicerces basilares para que o povo latino fosse capaz de construir sua própria identidade. No que se refere aos costumes em geral e no que tange ao modo de organização política e social, o continente latino figurou como importador nato das tradições europeias. Porém, essa reprodução

Assim, ainda que não atenda integralmente aos anseios normativos do continente - tendo em vista suas peculiaridades, o neoconstitucionalismo consubstanciou-se durante longo período de tempo como base teórica e estrutural dos ordenamentos constitucionais da América Latina, servindo ainda como norteador para o desenvolvimento do novo constitucionalismo latino-americano, além de permanecer como sustentáculo da própria Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, ainda que a doutrina em sua maioria classifique a Constituição Federal de 1988 como neoconstitucionalista, sustenta-se que no estágio atual da sociedade contemporânea pode-se reconfigurar determinadas questões interpretativas. Tal reconfiguração ocorre através da adequação do texto constitucional com a realidade vivenciada, vislumbrando-se a norma constitucional sob uma nova ótica e a partir daí, talvez se possa revelar uma aproximação até então despercebida ou desconsiderada entre a Constituição Federal de 1988 com o novo constitucionalismo latino-americano.

#### **4.1 A adequação da Constituição Federal de 1988 com o espaço tempo atual: influências e aproximações com o novo constitucionalismo latino-americano através da Lei 13.123/2015**

Os novos paradigmas do Estado Contemporâneo na América Latina – os quais contemplam o processo de descolonização dos povos em todas as suas acepções – busca incessantemente o reconhecimento dos aspectos socioculturais dos povos latinos originários no plano formal e material<sup>7</sup>.

---

da vida europeia efetuou-se em virtude das características impositoras que advieram da colonização, tendo em vista a inexistência de liberdade dos indivíduos que compuseram o povo latino em um primeiro momento.

Assim, basta um exame perfunctório na história da colonização da América Latina, para que se constate a incompatibilidade entre o modo de vida imposto e a realidade fática vivenciada na América Latina. Isso ocorreu porque os colonizadores, desde o início da colonização, estabeleceram regras de governo e organização política com características eminentemente europeias, buscando tão somente atender os interesses daqueles que detinham o poder e que nem de longe representavam os interesses da população local. Por consequência, a América Latina passou a ser palco da situação de vulnerabilidade de seus cidadãos, com grande número de pessoas vivenciando condições de extrema pobreza e exclusão social, situação incentivada pela subordinação a que o continente latino se submeteu em relação aos países colonizadores (ARAÚJO e MARTINS, 2015, p. 36-37).

<sup>7</sup> No momento em que afirma-se a necessidade de reconhecimento dos aspectos socioculturais dos povos latinos, fala-se tanto da positivação em âmbito normativo de determinadas questões

A possível refundação da figura estatal no âmbito da América Latina poderia ser demonstrada através de uma escala evolutiva, a qual é apresentada por Wolkmer (2011, p. 403) da seguinte forma: o desenvolvimento inicial do novo constitucionalismo latino-americano iniciou-se por intermédio de um primeiro ciclo que reúne as Constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991), caracterizado por positivar ideais de ordem social e por seu caráter descentralizador. Logo, o segundo ciclo abarcaria a Constituição da Venezuela (1999), caracterizado sumariamente por ser um constitucionalismo participativo popular e pluralista. Já o terceiro ciclo representar-se-ia pelas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) em que então afirma-se a plurinacionalidade comunitária.

Sem dúvida alguma, o terceiro ciclo apresentado por Wolkmer é considerado como originário puro do novo constitucionalismo latino-americano, não havendo concordância quanto a considerar o primeiro e segundo ciclos como originários desse movimento, mas sim como precursores de características que posteriormente viriam a desencadear o novo constitucionalismo latino-americano.

Assim, verifica-se que a o reconhecimento da plurinacionalidade e direitos dela supervenientes – como por exemplo a autonomia de povos indígenas ou tradicionais para gerir questões relacionados a sua cultura e seus saberes – configura-se como o ponto crucial para que se possa efetivamente reconhecer a vigência de um novo constitucionalismo latino-americano. No que se refere ao Estado Plurinacional, Magalhães e Weil (2010, p. 17-18) prelecionam:

A ideia de Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na constituição nacional em termos de direito de família, direito de propriedade e sistema econômico entre outros aspectos importantes da vida social. Como vimos anteriormente o Estado nacional nasce a partir da uniformização de valores com a intolerância religiosa. [...] A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente. O Estado Plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

---

fundamentais para a inclusão efetiva de tais povos na sociedade, como de políticas públicas a serem executadas que criam mecanismos visando da mesma forma, a inclusão social.

No momento em que analisa-se reflexivamente as bases que fundamentam o Estado Plurinacional – ainda que não seja possível vislumbrar neste momento sua instauração no Brasil – verifica-se que a essência embasadora dos ideais de plurinacionalidade são facilmente observáveis na sociedade brasileira como um todo, tendo em vista os traços multiculturais<sup>8</sup> e os consequentes índices de desigualdade que permeiam o país.

Atualmente, cogita-se a possibilidade de inúmeros povos indígenas e tradicionais do Brasil, possuírem a autonomia necessária para gerir seus saberes tradicionais adquiridos através de culturas milenares e transmitidos de maneira intergeracional.

A referida possibilidade está retratada ainda que de maneira tímida – tendo em vista que o objetivo precípua da norma possui fins econômicos – na Lei nº. 13.123/2015<sup>9</sup>, que ao pretender regulamentar o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade, trás mecanismos para que inúmeros povos tradicionais possam decidir a respeito da utilização de seus conhecimentos tradicionais: conhecimentos estes, relacionados diretamente com a cultura, historicidade e identidade de cada povo.

Aliando a possível disposição infraconstitucional com os ditames constitucionais vigentes vê-se que a possibilidade de gerência pelos povos tradicionais de seus saberes milenares consistir em uma decorrência do pluralismo<sup>10</sup>

<sup>8</sup> O Brasil tem mais de 220 etnias originárias (indígenas para os europeus) com padrões diversos de idioma, história e logo cultura. Alguns destes grupos étnicos possuem entre seus costumes práticas que contrariam o pensamento hegemônico "internacional" a respeito dos direitos humanos consagrados na declaração de direitos da Constituição Federal brasileira (MAGALHÃES, 2010).

<sup>9</sup> Projeto de Lei da Câmara nº 2, de 2015 (Projeto de Lei (PL) nº 7.735, de 2014, na origem), do Poder Executivo, que regulamenta o inciso 11 do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto Lei: 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória Lei: 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências.

<sup>10</sup> Ainda que na Carta Constitucional inclua-se o adjetivo "político" à pluralismo, tem-se que pela multiculturalidade e a diversidade de identidades que compõem o povo brasileiro, o fundamento da Constituição não se restrinja tão somente ao pluralismo político, mas sim ao pluralismo de identidades, culturas, etc. Neste sentido, veja-se a lição de Wolkmer e Fagundes (2011, p. 393-394): No processo da refundação plurinacional do Estado, vale ter presente a condição de pluriculturalidade existente, negada e encoberta pelo processo de colonização, forjada no seio dos interesses patrimoniais das elites dirigentes, em que a fundamentação violenta reformulava-se no

enquanto fundamento constitucional, bem como um pequeno passo para um possível reconhecimento formal da plurinacionalidade<sup>11</sup> existente no espaço geopolítico brasileiro e a garantia de autonomia quanto aos fatores relacionados a identidade cultural dessas outras nacionalidades.

los grupos sociales en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran resultan ineficaces para garantizar el reconocimiento y la persistencia de su identidad cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas. Como lo demuestra la existencia de varios Estados plurinacionales (Canadá, Bélgica, Suiza, Nigeria, Nueva Zelanda, etc.), la nación cívica puede coexistir con varias naciones culturales dentro do mismo espacio geopolítico, del mismo Estado. El reconocimiento de la plurinacionalidad conlleva la noción de autogobierno y autodeterminación, pero no necesariamente la idea de independencia. (SANTOS, 2010, p. 81).

Partindo desse ponto, resta então verificar de maneira específica as contribuições advindas do texto da Lei nº. 13.123/2015, que podem vir a rememorar o pluralismo descrito na Carta Constitucional e aproximar o Estado brasileiro de práticas inerentes à plurinacionalidade e, por conseguinte, do novo constitucionalismo latino-americano.

#### **4.2 As propostas socioculturais insertas na Lei 13.123/2015**

Conforme se verificou em oportunidade anterior, as finalidades da Lei nº. 13.123/2015. não comportam inicialmente características de inclusão, reconhecimento de identidades ou de culturas. A questão principal que ensejou o projeto de lei visa regulamentar em determinados pontos o acesso a recursos genéticos, ao conhecimento tradicional utilizado e a repartição de benefícios inerentes ou seja: em tese a norma estaria ligada diretamente à biotecnologia, nanotecnologia, e áreas afins.

---

tempo para seguir hegemônica. O alto grau de complexidade das relações sociais não pode mais ser sufocado pela racionalidade positiva e reducionista, mas direcionar-se para a racionalidade emancipatória ou, ainda, de libertação, embasada na crítica como movimento de construção da nova realidade edificada por aqueles que sempre tiveram os espaços de poder e decisão negados.

<sup>11</sup> [...] la plurinacionalidad no es la negación de la nación, sino el reconocimiento de que la nación está inconclusa. La polarización entre nación cívica y nación étnico-cultural es un punto de partida, pero no necesariamente un punto de llegada. (SANTOS, 2010, p. 84).

No entanto, embora não seja o ápice da problemática que originou a referida lei, as disposições que tratam dos povos tradicionais e conhecimentos tradicionais trazem peculiaridades que norteiam a aproximação das pretensões da norma nessa seara, ao pluralismo enquanto fundamento constitucional além da iniciação ainda que tímida, a práticas que remetam para a plurinacionalidade. Assim, de acordo com o Parecer da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Congresso Nacional<sup>12</sup>, o projeto de lei predispõe que:

O Capítulo III (arts. 8º a 10) garante o reconhecimento e a proteção dos direitos de povos indígenas, de comunidades tradicionais ou de agricultores tradicionais sobre o conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético. Estabelece a obrigatoriedade da repartição de benefícios pela sua exploração econômica. De acordo com a proposta legislativa (art. 8º, §3º), são formas de reconhecimento dos conhecimentos tradicionais associados sua identificação em publicações científicas, seu registro em cadastros ou em bancos de dados, ou sua presença em inventários culturais.

O acesso a esse conhecimento é condicionado ao consentimento prévio informado de seus detentores, ressalvados o intercâmbio e a difusão desses conhecimentos entre os próprios detentores. Também é dispensado o consentimento prévio informado quando tratar-se de conhecimento tradicional associado de origem não identificável, caracterizado quando inexistir possibilidade de se vincular a origem desse conhecimento a, pelo menos, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional.

O referido Parecer dispõe ainda:

No Capítulo III da Proposição, o art. 8º estabelece a proteção do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético e seu § 1º reconhece o direito de índios e de comunidades e agricultores tradicionais de participar do processo de tomada de decisões sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável desse conhecimento, na forma da Lei e de seu regulamento. Atende-se, dessa forma, ao disposto na Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho, sendo contemplado o direito de consulta prévia, mas sem regulamentar esse direito exaustivamente na Lei que trata especificamente de temas afetos à biodiversidade e ao patrimônio genético.

Os §§ 2º, 3º e 4º do art. 8º incluem o conhecimento tradicional associado no patrimônio cultural brasileiro e enumeram as formas pelas quais esses conhecimentos serão reconhecidos, isentando das obrigações previstas na proposição as trocas de conhecimentos tradicionais realizados entre os seus próprios titulares, para seu próprio uso e benefício.

O art. 9º condiciona o acesso ao conhecimento tradicional associado à obtenção de consentimento prévio, formalizado sob uma das modalidades previstas em seu § 1º, garantindo a autonomia desses povos e comunidades, que podem receber assistência dos órgãos públicos competentes, mas não estão sob sua tutela, como ocorria na visão paternalista vigente no passado.

<sup>12</sup> Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=119714](http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=119714)>. Acesso em: 20 abr. 2015.

No entanto é de extrema relevância frisar a incidência de diversos posicionamentos contrários à norma em questão, o qual é interpretado como possível retrocesso ou ainda por restringir direitos dos povos tradicionais que já estavam previamente positivados na Convenção sobre Diversidade Biológica. Independentemente disso, de modo pioneiro o assunto é tratado internamente no Brasil por intermédio de lei, já que a questão até pouco tempo era objeto de regulação através de medida provisória<sup>13</sup>.

Desta forma, pode-se afirmar que o também chamado Marco da Biodiversidade conjugado com o pluralismo – enquanto fundamento constitucional, remete a essência desencadeadora da plurinacionalidade.

A nova releitura constitucional aqui proposta, prevê a visualização da Constituição sob uma nova ótica: levando em conta não só o texto constitucional pura e estritamente, mas sim uma análise um tanto reflexiva que leve em conta a força propulsora dos ideais que fundamentaram a Constituição, a realidade sociocultural brasileira, além do contexto latino-americano consubstanciado em processos de descolonização e reconhecimento próprio do pluralismo de identidades culturais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar a realidade da América Latina, enquanto continente que perpassa por sucessivas refundações de fundamentos estatais, é tarefa primordial no atual processo de descolonização e redescobrimto de origens.

No Brasil, país latino com diversidade sociocultural gigantesca, tais transformações não poderiam deixar de ocorrer. Nesse diapasão, as disposições inclusas na Lei nº. 13.123/2015 as quais foram analisadas acima, aliadas a uma releitura constitucional de modo a levar em consideração a realidade do povo brasileiro como um todo sem qualquer exceção, são capazes indubitavelmente, de

<sup>13</sup> Medida Provisória Lei: 2.186-16, de 23 de agosto de 2001: Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.

remodelar a figura neoconstitucionalista que paira até então para uma real aproximação da Constituição Federal de 1988 ao novo constitucionalismo latino-americano.

Portanto, pretendendo-se sanar a indagação que induziu a pesquisa que aqui se desenvolve, tem-se que as possibilidades de aproximação da Constituição brasileira ao novo constitucionalismo latino-americano pode ser identificada inicialmente através de sua releitura juntamente com a congregação das disposições antes identificadas da Lei nº. 13.123/2015, chegando-se a partir daí a proposições relacionadas diretamente com o pluralismo enquanto fundamento constitucional e com a plurinacionalidade quando reconhecida pelo Estado, desde que implantadas as suas predisposições.

As tendências atuais da América Latina remetem sem dúvida alguma, à união dos estados latino-americanos visando à congregação de esforços para a construção de uma nova ordem política e social que preze o reconhecimento da identidade e cultura de seus povos, inerente ao processo de descolonização.

Dessa forma, inevitável se torna a incorporação nata de tais preceitos pelo Estado brasileiro que paulatinamente irá incorporar como objetivos da nação ideais relacionados com o reconhecimento da plurinacionalidade de modo formal e a gradual aproximação da ordem constitucional vigente ao novo constitucionalismo latino-americano, talvez não através de modificações puramente legais, mas sim por intermédio de um novo olhar empregado na análise constitucional. Com isso, é possível trazer a epígrafe desse texto, de Eduardo Galeano, para que o Brasil não continue – eternamente – “cego de si”.

## 6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marigley Leite de. MARTINS, Evilhane Jum. O novo constitucionalismo latino-americano e sua correlação com as modificações fáticas e estruturais do Direito Constitucional de Família. In: **Direito e Interação na América Latina**. DEL'OLMO, Florisbal de Souza; BEDIN, Gilmar Antonio; ARAÚJO, Marigley Leite de. (Orgs.). Vol. 2. Campinas, Millennium: 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, mar/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

BETTO, Frei. **Cidadania e qualidade de vida**. Disponível em: <[http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod\\_Canal=53&cod\\_noticia=17035](http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_Canal=53&cod_noticia=17035)>. Acesso em: 21 abr. 2013.

BOLÍVIA, **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA**. Disponível em <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

BRASIL, **FOLHA DE SÃO PAULO**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u450099.shtml>>. Acesso em: 21 abr. 2013.

BRASIL. **Medida Provisória 2.186-16/2001**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2186-16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2015.

CARBONEL, Miguel. **Teoría del Neoconstitucionalismo**. Trotta – Institutos de Investigaciones Jurídicas, 2007.

CENCI, Ana Righi. BEDIN, Gilmar Antônio. O Constitucionalismo e sua Recepção na América Latina, Uma leitura das fragilidades do Estado constitucional na região e suas novas possibilidades de realização. In: **Direitos Emergentes na Sociedade Global** – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM, 2013.

CHIVI VARGAS, Idón M. Nueva constitución y desarrollo normativo. Agencia latino americana de información América en movimiento. Disponível em: <<http://alainet.org/active/35872&lang=es>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

CONGRESSO NACIONAL. **Parecer da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do**. Disponível em: <[http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=119714](http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=119714)>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ECUADOR, **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR**. Disponível em: <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

GALEANO, Eduardo. **Os filhos dos dias**. Porto Alegre: L&PM, 2014.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional em América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho em América Latina: um mapa para El pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 87-108.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. WEIL, Henrique. **Bioética no Estado de Direito Plurinacional**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14151/bioetica-no-estado-de-direito-plurinacional>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano. In: **El nuevo constitucionalismo em América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos e retos para el siglo XXI**. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010, p. 9-44.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O Tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo – Os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTR, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales**. Buenos Aires: Waldhuter, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. Correias, Oscar. Organizadores. **Crítica Jurídica Na América Latina**. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat Universidade

Federal de Santa Catarina. Aguascalientes / Florianópolis: 2013. Disponível em: <<http://www.ucm.es/>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. Disponível em: <[http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2\\_artigo1.pdf](http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. PETTERS MELO, Milena. **Constitucionalismo Latino-Americano**: Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.