

O direito como produto cultural e suas possibilidades emancipatórias: uma análise desde o novo constitucionalismo latino-americano

Luiz Fernando Ribeiro de Sales¹
Rubens de Toledo Junior²

Introdução

O Direito como expressão social moderna está presente em todos os âmbitos da convivência humana, com o objetivo declarado ou oficial de disciplinar essa convivência composta por diversos agentes (políticos, como o Estado; movimentos sociais, empresas nacionais e transnacionais etc.) e interesses muitas das vezes conflitantes, irreconciliáveis. A imprescindibilidade do fenômeno jurídico nos atuais arranjos sociais se atribui ao fato de que o modelo de Estado e sistema jurídico predominantes em nossos tempos emergem concomitantemente no século XVIII, com o apogeu das revoluções liberais estadunidense e francesa, as quais se insurgiam ante os abusos de poder do então dominante Estado Absolutista e Colonial, nesse último caso em relação às treze colônias norte-americanas do Atlântico.

O êxito dessas empreitadas revolucionárias refletiu em todo o mundo ocidental, o caráter inédito da limitação ao poder político, promulgação das liberdades civis, ou a primeira geração dos direitos fundamentais no bojo de uma Constituição como um documento jurídico-político de racionalização normativa influenciou o desenho institucional e jurídico dos países forjados após essa data.

Sem embargo a notória importância desse movimento político-jurídico posteriormente denominado constitucionalismo democrático, um debate permaneceu vivo no âmbito de discussões de juristas e jurisfilósofos, qual seja, qual conteúdo ideal que o direito como norma deve expressar, ou em outras palavras, qual o fundamento do direito. Como veremos oportunamente, duas teorias obtiveram protagonismo no intento de justificar o direito, sendo o jusnaturalismo e o juspositivismo. A primeira escola se sustenta na existência de um direito natural à condição humana, universal e atemporal, sob a qual todo o sistema jurídico deveria estar embasado; a segunda, por sua vez, em seu apogeu sustentada no positivismo científico, reputa como norma jurídica aquela proveniente dos poderes constituídos e que observou o regular processo legislativo.

O ponto em comum de ambas as escolas jurídicas reside na evidente desconexão entre a produção e a legitimação do direito que essas construções teóricas pugnam da realidade social em que o sistema jurídico está inserido e o circunda. Em palavras diretas, o afastamento do Direito, ou negação, da sua

1. Bacharel em Direito pelo UniAGES Centro Universitário. Mestrando em Estudos Latino-Americanos pelo Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos da Universidade Federal da Integração Latino-Americana. E-mail: luizfernando.ages@yahoo.com.br

2. Geógrafo, doutor pela Universidade de São Paulo. Professor do Curso de Geografia e do Mestrado em Estudos Latino-Americanos da Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Email: rubens.toledo@gmail.com

face cultural, histórica e sua capacidade como instrumento de dominação. Essa forma de conceber e pensar o Direito reflete diretamente no imaginário como da população que é destinatária imediata da produção normativa, a qual vislumbra no direito, na sua espécie normativa mais próxima de seu cotidiano, a lei, sinônimo da verdade, de padrão natural e correto de orientação ao comportamento social, sendo o ato de infringir uma norma mais que um ilícito, mas um ato moral e eticamente desaconselhável.

A partir dessa premissa, o presente trabalho tem como duas hipóteses. A primeira sustenta o direito como um produto histórico-cultural de seu tempo e espaço, representando interesses da classe que detém o poder político no momento da feitura da norma jurídica, ainda que diversas teorias desenvolvam construtos no intuito de negar esse caráter parcial do Direito; a segunda relata que essa estrutura jurídica sempre foi manejada em detrimento dos interesses de maiorias populares, mas que também não podemos negligenciar o papel transformador do Direito para servir aos anseios dos menos favorecidos, desde que se lhe permitam a presença na arena de decisão política, utilizando-se como exemplo as recentes experiências de alguns países latino-americanos em promulgar constituições emancipadoras em movimento denominado Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

O trabalho tem intento interdisciplinar, permeando ciências humanas e sociais aplicadas que guardam relação e complementariedade entre si, tais como Antropologia, História e Direito, estando embasados nas teorias de juristas, como Rubén Martínez Dalmau, Roberto Viciano Pastor e Raquel Fajardo, e de sociólogos, a exemplo de Quijano e Mignolo etc.

E, diante as hipóteses formuladas, o trabalho inicialmente se dedica ao 1) (des)construir o mito da neutralidade do Direito; 2) considerações sobre cultura; 3) Direito como produto cultural de dominação; e 4) suas possibilidades de emancipação à partir das experiências do Novo Constitucionalismo Latino-Americano na América do Sul.

O mito da neutralidade moral da norma: o direito como produto cultural

Existem alguns fenômenos sociais que transcendem ao seu espectro de criação e atuação, passando a estar presentes em praticamente todos os espaços da vida humana, em seus contextos, sociais, econômicos, familiares, políticos etc. Exemplo notório dessa afirmação é a expressão do fenômeno jurídico por meio das normas jurídicas, sejam elas as Constituições, Códigos ou leis esparsas. Esses atos normativos simplesmente direcionam e regulamentam, se não todos, já que o Direito é sempre caudatário da realidade, significativa parcela de nossa existência, desde antes mesmo

do nascimento, tutelando as expectativas do feto, até mesmo após a morte, com reflexos sucessórios.

Apesar de permear todas as facetas da vida social, como ressalta Goayd-Fabre (2002), uma pergunta no âmbito da própria ciência jurídica atravessa os séculos sem apresentar, contudo, uma resposta com certo grau de consenso entre os estudiosos, qual seja: o que é Direito?

Durante boa parte da história, as justificativas para explicar o Direito se bifurcavam nas escolas *jus naturalistas* e *jus positivistas*. Em síntese, a primeira pugnava por uma concepção de Direito em que este deveria ser justo, representando o direito natural, universal, atemporal, corolário da própria dignidade da pessoa humana.

A segunda escola do direito, que triunfou e imperou como dominante até poucas décadas atrás, o *jus positivismo*, entende que a correlação entre Direito e Justiça transcende o quadrante da ciência jurídica, sendo considerado norma jurídica aquela que é feita em conformidade ao processo legislativo, pouco importando seu conteúdo, se justa ou injusta, o *status* de norma jurídica se dá no âmbito da validade, ou seja, se a norma nasce da correta obediência ao processo legislativo.

Ainda segundo essa mesma autora, essa dicotomia teórica sempre se revelou insuficiente para abarcar toda a complexidade que abrange o fenômeno jurídico, visto que ambas as escolas do Direito apresentam características que lhe são úteis. Nesse cenário, surge a noção de constitucionalismo na tentativa de explicar a ordem jurídica para além dos ideais de ambas as escolas citadas anteriormente e que pode ser analisado em duas vertentes, uma de viés mais pragmático, e outra de natureza mais reflexiva.

Na primeira situação, o constitucionalismo apresenta-se como um paulatino movimento histórico, político, e jurídico de limitação do exercício do poder político por uma Constituição formal e rígida, que prima pela separação dos poderes e garantia de direitos fundamentais, estando tradicionalmente vinculado “a la formación del Estado moderno y al surgimiento de un específico aparato burocrático y militar profesionalizado y separado de la sociedad.” (PISARELLO, 2012, p. 29).

Numa perspectiva mais abstrata, em abordagem mais próxima aos pressupostos da filosofia do Direito, o constitucionalismo representou um avanço de um esforço cognitivo na tentativa de pôr termo numa secular aporia concernente em estabelecer a origem e os fundamentos da ordem jurídica, ganhando, desde seu apogeu, os mais atentos olhares de grandes juristas no decorrer da história. Revelou-se como uma teoria de racionalização do Direito, na medida em que, se valendo dos conceitos de sistemas – e a ideia de autopoiese – justifica e qualifica como válida ou pertencente ao jurídico toda norma que com a Constituição guarda compatibilidade. Nesta senda, precisar são as palavras de Goyard-Fabre (2002, p. 111-112), segundo a qual:

A ideia-força que domina essa concepção jurídica é a afirmação da supremacia do texto constitucional que é visto como o fundamento de toda a ordem jurídica. Sob a Constituição, a catedral jurídica se organiza em sistema; este, em seu significado filosófico, é a expressão jurídica de uma racionalidade lógico-formal; em sua eficiência prática, a ordem constitucional é portadora de normatividade, de modo que as regras de direito ganham figura no âmbito estatal, de modelos de diretividade.

Sem embargo a importância e os avanços conceituais dessas teorias, percebe-se que todos os construtos a respeito do que seria o Direito direcionam seus olhares para o bojo da própria ciência jurídica, procurando explicações internas, quase sempre tomando a norma como um produto neutro, pronto e acabado, pouco aberta aos influxos sociais, havendo, assim, em boa medida, uma desatenção das interfaces possíveis entre o Direito e os demais ramos do saber para uma maior compreensão e entendimento do que seria o Direito e qual sua finalidade última no decorrer da história da humanidade.

Não se sabe se intencionalmente, mas esse tipo de abordagem em relação à explicação do Direito omite questionamentos que são bastante relevantes, tais como: “quem produz esse Direito?” “Por que se produz esse tipo de Direito?” “Para quem é destinado esse Direito?” “Seria o Direito um produto cultural do seu tempo?”, todas essas perguntas tencionam o fenômeno jurídico em sua relação com as culturas que compõe o tecido social no momento de sua feitura enquanto ente objetivo, de modo que fica como interpelação final “Seria um Direito um fenômeno cultural?” ou ainda “Como o Direito concebe e é influência pela cultura?”.

Se por um lado uma parcela considerável dos juristas pugna por um Direito Puro, parafraseando Hans Kelsen, os antropólogos ressaltam, ao revés, que o Direito é um elemento da cultura geral de um povo, e que como tal podem expressar os valores culturais e artísticos, por exemplo, de uma sociedade, ou ao menos do grupo que a domina, nesse sentido:

O sentimento que um indivíduo, ou, o que é mais crítico, já que nenhum homem é uma ilha e sim parte de um todo, o sentimento que um povo tem pela vida não é transmitido unicamente através da arte. **Ele surge em vários outros segmentos da cultura deste povo:** na religião, na moralidade, na ciência, no comércio, na tecnologia, na política, mas formas de lazer, **no direito** e até na forma em que organizam sua vida prática e cotidiana. (GEERTZ, 1997, p. 145) (grifos nossos)

Partindo-se da premissa de que as mais notáveis teorias do Direito, como as de viés *jus naturalista*, centradas num direito natural, tanto as de conotação *jus positivista*, centradas na validade da norma nada tem de pureza, *não* dão conta de comportar seu caráter temporal e cultural, bem como que o próprio Direito em si é um elemento da

própria cultura, o que resta saber é o que é Cultura e como o Direito, como ciência, com ela se relaciona.

Cultura: breves apontamentos

A palavra “cultura” é bastante comum e difundida no imaginário social. Basta ligar a TV, o rádio, caminhar pelo centro de alguma cidade para que se possa ouvir essa palavra. Apesar de seu uso corriqueiro, seu significado é bastante incerto e diversificado, a depender do contexto.

Sem embargo toda essa complexidade que gravita em torno do conceito de cultura, alguns teóricos, bem como a sabedoria popular, podem nos auxiliar nessa tarefa e, assim, encontrarmos alguns parâmetros que nos permitam seguir com a discussão entre o Direito e a Cultura.

Em verdade, o termo cultura é usado para fazer menção a distintos significados, razão pela qual exista tanta controvérsia em seu entorno. Cultura pode ser usada para se referir a um modo de vida de algum povo, mas também para discriminar, como nos casos em que se atribui cultura como adjetivo para designar pessoas, produções literárias ou musicais de elevada distinção, sinônimo de erudição. Expressões como “isso que é cultura”, “ele é culto”, “esse povo precisa ter mais cultura”, são comuns no dia a dia e dão mostras da variedade de contextos que essa palavra pode ser usada.

Ademais, no último caso, cultura guarda umbilical relação com civilização e progresso. Para esse modo de entender o debate, cultura mantém relação com a ideia de civilização, que, por sua vez, representa evolução, a qual todos os hábitos de um povo ou nação devem perseguir. É como se existissem etapas de desenvolvimento cultural entre os povos e que todas as “culturas” devessem marchar para a mesma direção final: a civilidade. Nessa reflexão, trechos dos escritos de Adam Kuper (2002, p. 46) evidenciam esse tipo de construção teórico social:

O grande leque de materiais sobre culturas exóticas e o passado remoto reunidos na *Encyclopédie* suscitou reflexões sobre o grande padrão da história. A tendência do volume crescente de literatura sobre a exploração, a princípio, era reforçar a crença na superioridade da civilização. Os intelectuais franceses começaram a conceber o esboço de uma história universal em que a selvageria levou ao barbarismo, e o barbarismo à civilização.

Apesar do forte apelo atual que esse tipo de abordagem tenha, por ser implicitamente difundido no imaginário geral das pessoas, academicamente compreende-se que esse entendimento apresenta muitas limitações e que trouxe graves consequências para a humanidade, tendo sido usado, por exemplo, para justificar dominações e colonizações de diversas ordens. Nesse sentido, o termo

cultura, com o tempo, passou ter outras acepções, dando-se, doravante, mais ênfase para os processos de formação de comportamentos sociais em múltiplas facetas de forma pública e reiterada e menos as concepções hierarquizantes e reificadas de cultura.

Sobre o que se acaba de afirmar, os construtos de Durham apontam para o caráter dinâmico e processual, aqui compreendida no sentido de ações publicamente compartilhadas por indivíduos, da cultura, descartando a possibilidade por vezes inculcada no imaginário geral, acrítica e irrefletidamente, de cultura como elemento estático das relações humanas, como um produto pronto e acabado, fechada em si mesma em seus contornos, mas todo o seu contrário, constituindo-se como um ente dinâmico e aberto aos influxos de vertentes diversas, dessa forma preceitua que “[...] toda a análise de fenômenos culturais é necessariamente análise da dinâmica cultural, isto é, do processo de permanente de reorganização de representações na prática social, representações estas que são simultaneamente condição e produto dessa prática” (DURHAM, 2004, p. 231).

Complementando o raciocínio, em outra passagem de suas reflexões alocadas na mesma obra, Durham expõe categoricamente o que não considera cultura, o produto abstrato, reiterando sua aversão ao ideal de cultura desentranhados/descontextualizados de seus processos de criação:

Na verdade, o que quero criticar é uma concepção na qual a cultura aparece como um produto e se abandona a explicação do modo pelo qual é *produzida*, perdendo-se assim toda a possibilidade de uma análise frutífera da dinâmica cultural (DURHAM, 2004, p. 230)

Se é correto que a cultura não pode ser tomada como um mero produto, negando-lhe tudo o que está em torno dela, resta saber a que tipo de dinâmicas e processos sociais os constituem. Afinal, se a cultura não pode ser analisada na superficialidade de um produto, tampouco se pode esticar o termo para reputar como tal qualquer tipo de ato humano.

Ajudando-nos nessa discussão, Geertz (2008) traz à baila considerações relevantes a respeito da necessidade compartilhamento público do sentido de uma conduta num dado contexto social para que se qualifique esta como um ato de cariz cultural. Valendo-se de um exemplo simples, e até mesmo engraçado, relatando os múltiplos sentidos que um simples piscar de olhos pode adquirir a depender de como as partes no processo de comunicação interagem entre si, tais como uma brincadeira, uma mensagem subliminar ou mesmo um ato de imitar alguém que tenha limitação motora nessa parte do corpo, Geertz objetiva dizer que a cultura precisa ser pública, pois assim é o seu significado, sendo conceito interpretativo, razão pela qual define:

A cultura é pública porque o significado o é. Você não pode piscar (ou caricaturar a piscadela) sem saber o que é considerado piscadela ou como contrair, fisicamente, suas pálpebras, e você não pode fazer uma incursão aos carneiros sem saber o que é roubar um carneiro e como fazê-lo na prática. (GEERTZ, 2008, p. 9)

De todo o exposto até aqui, evidencia-se a complexidade que gravita em torno do conceito de cultura, o que não nos impede, entretanto, de adotar alguns parâmetros norteadores, principalmente à luz das discussões realizadas acima. Parece-nos crível que cultura possa ser compreendida como processos humanos intersubjetivos, fortemente impregnados de valores e dinâmicas locais, de significado compartilhado em dado espaço e temporalidade.

Ainda à guisa de conclusão é factível afirmar que a cultura é bem mais ampla do que habitualmente estamos condicionados a pensar, contemplando e/ou abarcando até mesmo esferas da vida que corriqueiramente acreditava-se alheio ao tema, como a política e principalmente o Direito. Resta saber como Direito, enquanto ramo da ciência e produto cultural percebe e se relaciona com a(s) cultura(s) de seu tempo.

Direito e Cultura: o constitucionalismo como imposição das elites locais

Isso posto, pode-se inferir também que o Direito como elemento da cultura está impregnado pelas vicissitudes de seu tempo, exprimindo *erga omnes* uma concepção ou opção do que queira ver como cultura, que passa a ter pretensão universal, dado o caráter vinculante e heterônomo que as normas adquirem ao ingressarem no mundo das coisas. Rechaçada a suposta neutralidade da norma, é preciso evidenciar como a estrutura jurídica se relaciona, percebe e institucionaliza a cultura de modo geral.

O fenômeno da história do Direito que servirá como base para nossa análise, a partir do qual todo o raciocínio será fomentado e construído será o nascimento do que se convencionou denominar de constitucionalismo, bem como de seu fruto, a Constituição.

Nesse sentido, o leitor pode indagar-se o porquê da opção pelo constitucionalismo como fato de observação das relações possíveis entre o Direito e a Cultura, e de como o primeiro capta o segundo. Gargarella e Curtis (2009) lançam mão de alguns questionamentos que desnudam e desenterram com o que se lida ao se promulgar uma Constituição para uma nação, justificando a nossa escolha por essa quadra da história jurídica:

Un elemento clave, a la hora de entender la lógica de una Constitución, es el de sus presupuestos básicos, normalmente asociados con la filosofía pública dominante. Típicamente, ¿cómo considera

la Constitución a los individuos? ¿Los ve como seres racionales, autónomos, capaces de decidir por sí mismos, o como sujetos fundamentalmente incapaces de reconocer y evaluar sus intereses, ineptos para definir qué es lo mejor para ellos? ¿Cómo concibe la actuación conjunta de los individuos, las asambleas colectivas? ¿Considera que la acción colectiva potencia o socava la racionalidad individual? ¿Entiende – aristotélicamente– que actuando en conjunto se gana en sabiduría y conocimiento? ¿Afirma – rousseauianamente– que la acción conjunta es una precondition indispensable para el reconocimiento de la decisión pública correcta? ¿O presume más bien –burkeanamente– que el actuar colectivo es en principio, siempre, un actuar irracional?

A essas perguntas acrescentamos: o que é cultura para a Constituição? Pelo enfeixe de tensões e questionamentos que uma Constituição amalha não é difícil perceber que uma Constituição é a norma mais importante de um Estado, para responder às tensões locais, estando impregnadas das ideias que lhe deram origem, isto é, impregnada culturalmente, nada tendo de neutra.

E se elas não estão eximidas das ideologias dos movimentos que lhe deram origem, parafraseando Gargarella e Curtis, qual a filosofia pública (leia-se, para os fins desse trabalho, cultura) que essas Constituições incorporaram? Partindo da realidade estadunidense e latino-americana, ambos os autores expõem as bases ideológicas a que elas guardavam reverência e procuravam implementar no continente:

Sin embargo (y a pesar de esa multiplicidad de proyectos existentes), el hecho es que la enorme mayoría de las Constituciones latinoamericanas que trascendieron al siglo XX, aparecieron “vaciadas en el molde” (según la expresión del constituyente Benjamín Gorostiaga) de un modelo particular: el la Constitución de los Estados Unidos. Y resulta claro, también, que las instituciones elaboradas en los Estados Unidos estaban claramente apoyadas en una filosofía particular, bien sintetizada en los papeles de El Federalista. (White, 1978, 1987). Dicha filosofía era liberal y elitista, es decir, respetuosa de las decisiones personales individuales, y a la vez extremadamente escéptica frente a las capacidades de la ciudadanía para actuar concertadamente. Como dijera Madison en El Federalista n.55, en las asambleas colectivas “la pasión nunca deja de arrebatarse su cetro a la razón.” (GARGARELLA; COURTIS, 2009, p. 20).

O trecho acima transcrito nos convida implicitamente a refletir que, muito embora as Constituições estejam atreladas a momentos de efervescência política, o que daria a entender como um momento de ruptura e em direção a um novo caminho, as bases culturais continuaram sendo as mesmas. Isso inaugura o que Mignolo (2005) denominou de dupla consciência: o movimento independista estadunidense negava o poder da Inglaterra, sem, contudo, se desfazer da europeidade,

mantendo-se toda a estrutura excludente e hierarquizante de viés racial de não reconhecimento de direitos e existência a populações nativas a afro-americanas. Em síntese, tudo gravitava em torno das acepções da elite crioula a respeito do que seria bom ou não para a construção nação, e obviamente em termos de cultura e relações intersubjetivas, totalmente baseada ao teor de um colonialismo interno:

Da perspectiva da consciência nativa negra, tal como a descreve Du Bois, podemos dizer que a consciência crioula branca é uma dupla consciência que não se reconheceu como tal. A negação da Europa não foi, nem na América hispânica nem na Anglo-saxônica, a negação da “Europeidade”, já que em ambos os casos, e em todo o impulso da consciência crioula branca, tratava-se de serem americanos sem deixarem de ser europeus; de serem americanos, mas diferentes dos ameríndios e da população afro-americana [...] A formação do Estado-nação exigia a homogeneidade mais que a dissolução, e portanto ou era necessário ocultar ou era impensável a celebração da heterogeneidade. Se assim não houvesse sido, se a consciência crioula branca se houvesse reconhecido como dupla, não teríamos hoje nem nos Estados Unidos nem no Caribe nem na América hispânica os problemas de identidade, de multiculturalismo e de pluriculturalidade que temos. (MIGNOLO, 2005, p. 43)

Mas não foi só na América anglo-saxônica que se verificou a implantação do constitucionalismo a partir das concepções culturais da elite crioula que detinha o poder político, subjugando todos os demais modos de dinâmica cultural, notadamente dos indígenas e negros, os países nascedouros após o fim da colonização luso-hispânica seguiram o exemplo dos vizinhos do norte e implementaram políticas de mesma natureza, perpetuando e condenando por séculos as tradições de diversos povos à invisibilidade, à criminalidade. Isso porque:

A independência das colônias na América não representou no início do século XIX uma mudança total e definitiva com a relação à Espanha e Portugal, mas tão somente uma reestruturação, sem ruptura significativa na ordem social, econômica e político-constitucional. Paulatinamente, incorporaram-se e adaptaram-se princípios do ideário econômico capitalista, da doutrina do liberalismo individualista e da filosofia positivista. Por certo, para responder as necessidades locais, compatibilizavam-se as velhas estruturas agrárias e elitistas com o surto eclético e com as adesões às novas correntes europeias (WOLKMER, 2013, p. 21-22)

Não é preciso muito esforço para perceber que o Direito, enquanto estrutura normativa de regulamentação da comunidade sócio-política, sempre esteve ao lado, ou menos manejado pelo estratagema social que capitania o poder político de sua época, mantendo, portanto, com a cultura, aqui compreendida como sistema amplo, comportando toda a pluralidade humana, uma relação sectarista, seletiva e

excludente, priorizando o modo de vida, pensar e cultura da classe dominante em detrimento de todos os demais estratos sociais, fato esse facilmente constatado na literatura jurídica:

De outra banda, o “direito” do Estado de Direito encarna a defesa dos interesses das classes detentoras do poder político, que concentram também a acumulação mercantil e patrimonial dos burgueses, de matriz acentuadamente liberal e individualista, propugnando, a seu tempo, avanços que, se não reciclados por novas demandas representariam a estagnação social. (VIEIRA, 2016, p. 82).

Essa vocação histórica do Direito em fragmentar os processos culturais, elegendo os seus tutelados e excluídos não é simplesmente um debate a respeito de como isso será refletivo na legislação, senão que denuncia o *modus operandi* de atuação do Estado na construção e defesa dos seus interesses por meio de violência institucional legitimada pelo Direito, nesse sentido, relevantes são as reflexões de Segato (2007, p. 28) sobre o papel do Estado na criação da dicotomia nacional/outro:

La idea de “formación nacional” puede ser entendida como la aplicación a la idea de Nación del instrumento del relativismo antropológico (como lente de “desplazamiento” de la mirada para observar y comprender escenarios diversos desde la perspectiva que les es propia). Este concepto llama la atención sobre el hecho de que los procesos de otrificación, racialización y etnicización propios de la construcción de los Estados nacionales emanan de una historia que transcurre dentro de los confines, y al mismo tiempo plasma el paisaje geográfico y humano de cada país. A su vez, esto resulta en una formación imaginaria de ese “paisaje”, captado a veces en la pintura histórica y el paisajismo artístico y, ya en el siglo XX (...). Es por eso que llamo “alteridades históricas” a los perfiles humanos que resultan de ese proceso y enfatizo su emergencia situada en la localidad, en la región y, sobre todo, en la nación.

Para além de discursos abstratos concernentes à percepção enviesada que o Direito possui em relação à Cultura, inúmeras também podem ser as demonstrações empíricas de como o Direito e os juristas sempre se colocaram como instrumentos de dominação e imposição de concepções de vida para todo um Estado nacional. Nesse diapasão, Lilian Mortiz Schwarcz denuncia, no caso brasileiro, como o Estado e o Direito sempre apresentavam nítido caráter elitista e racial, apresentando largo estudo sobre as ideologias que fundamentam as primeiras faculdades de Direito do Brasil:

Mais uma vez, a fachada institucional encobriu diversidades significativas, que dizem respeito à orientação teórica, assim como ao perfil profissional característico de cada uma das escolas. São Paulo foi mais influenciada pelo modelo político liberal, enquanto a faculdade de Recife, mais atenta ao

problema racial, teve nas escolas darwinista social e evolucionista seus grandes modelos de análise. (SCHWARCZ, 1993, p. 187)

Por fim, resta evidente que as históricas relações existentes entre Direito e Cultura sempre foram de viés excludente, em defesa dos interesses da classe que detinha o poder político, transformando-se o primeiro, pelo mito da neutralidade e de verdade pura, em instrumento de dominação entre classes, sendo o constitucionalismo elemento de excelência nesse processo.

Construção e papel do Direito em América Latina

No item anterior, procurou-se demonstrar como as elites locais, ao se apropriarem e difundirem o mito da neutralidade moral do Direito, manejaram este de modo a organizar e normatizar o Estado e as relações sociais de acordo com seus interesses e pretensões. Para tanto, buscou-se comparar a teoria com acontecimentos históricos, notadamente nossa própria realidade, a de América Latina. Nesse momento, o escopo é realizar um breve sobrevoo na história propriamente latino-americana da construção de seu sistema jurídico e a quem ele servia.

A história ocidental do Direito na América Latina inicia com a presença das expedições colonizadoras, quando a estrutura jurídica e burocrática do Estado absolutista que vigia nas metrópoles foram pouco a pouco implantadas no Novo Mundo. Desde esse marco inicial, as normas jurídicas eram editadas em consonância ao interesses oriundos do Velho Mundo, ainda que oficialmente se permitisse um diálogo de acomodação dos costumes dos povos originários e os colonizadores:

Se decretó, por los monarcas españoles, que se respetase la vigencia de las primitivas costumbres jurídicas de los aborígenes sometidos, en tanto estas costumbres no estuvieran en contradicción con los intereses supremos del Estado colonizador, e por este camino, un nuevo elemento, el representado por el costumbres de los indios sometidos, vino a influir de la vida del derecho y de las instituciones económicas e sociales de los nuevos territorios de Ultramar incorporados al dominio de España. (CAPDEQUI, 1982, p. 11)

Ainda segundo o autor citado acima, o Estado Espanhol tinha clara intenção de uniformização do Direito a ser aplicado na América Latina, até então conhecida como Índias, (CAPDEQUI, 1982). Essa imposição oriunda na península ibérica inseriu a história do Direito latino-americano à gênese da escola romano-germânica, enquanto nossos vizinhos do norte estiveram mais vinculados à tradição da common law, segundo destaca Ricardo Mendes Antas Jr (2005).

A estrutura jurídica a serviço de quem comandava politicamente as comunidades dessa região do mundo foi uma

característica fundamental desse processo, não importando o período histórico, por mais que em determinados momentos algumas conquistas tenham logrado as classes populares, o normal era que as classes dominantes desenhasssem o direito ao seu alvitre. A literatura é farta em apontar esse fato, mas Gargarella, em obra que dedica sobre os dois séculos de constitucionalismo na América Latina, evidencia como as elites pensavam a relação entre poder e povo:

[...] buena parte de la dirigencia política de la época, consideraba que ya era tiempo de empezar el tránsito “de la soberanía del pueblo a la soberanía de la razón” (Botana, 1996). Se trataba de dejar de lado la vieja obsesión con la “voluntad general” para comenzar a preocuparse por la adopción de decisiones sensatas, inteligentes, susceptibles de elevar al país desde una situación de desorden y atraso. Se trataba, en definitiva, de una muestra más cercana de la creciente desconfianza de las élites hacia la política de masas. (GARGARELLA, 2016, p. 60)

Esses sempre foram os elementos caracterizadores do Direito latino-americano, influência externar e uso em prol das minorias elitistas criollas em detrimento das massas populares, qualificadas como incapazes de tocar assuntos de Estado como justificativa para a implementação de diversas cláusulas de barreira que afastassem o povo do centro de decisão. Essa forma de pensar o Direito perdurou até pouco mais da metade do século XX, até que os movimentos sociais organizados e as teorias críticas iniciaram uma etapa de rechaço e reivindicação de um novo direito, emancipador e mais próximos de todos (CARVAJAL MARTINEZ, 2016, p. 21).

(Im)possibilidades de um Direito emancipador: a experiência do Novo Constitucionalismo Latino-Americano

Desnudadas as entranhas do papel do Direito na dominação de classes no decorrer do tempo, uma pergunta surge no horizonte: pode esse mesmo direito ser emancipador? A pergunta vem sendo debatida no âmbito da academia há algum tempo, mas é no seio dos movimentos sociais na América Latina que a resposta a esse questionamento é dada na prática.

Entre a última década do século XX e início dos anos do século XXI, no sul do continente americano, especificamente na Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), foram deflagrados novos processos constituintes como resultado de intensa luta popular com o desiderato de romper o secular paradigma colonial de pensamento que se instalou no continente desde os tempos das expedições luso-hispânicas.

Ao conjunto desses acontecimentos políticos que se vivenciaram nos países sul-americanos acima citados e que culminaram na promulgação de novos textos constitucionais

no interstício compreendido entre o final e o início dos séculos XX e XXI, respectivamente, há relativo consenso de denominá-lo de Novo Constitucionalismo Latino Americano, apesar das diversas nomenclaturas que são usualmente utilizadas para tratar do tema:

Há variadas denominações para esse novo movimento: i) novo constitucionalismo latino-americano; ii) constitucionalismo mestiço; iii) constitucionalismo andino; iv) neoconstitucionalismo transformador; v) constitucionalismo do sul; vi) constitucionalismo pluralista; vii) constitucionalismo experimental ou constitucionalismo transformador; viii) constitucionalismo plurinacional e democracia consensual plural do novo constitucionalismo latino-americano; ix) novo constitucionalismo indo-afrolatino-americano; x) constitucionalismo pluralista intercultural; xi) constitucionalismo indígena; xii) constitucionalismo plurinacional comunitário; xiii) o novo constitucionalismo indigenista; e xiv) constitucionalismo da diversidade; xv) constitucionalismo ecocêntrico; xvi) nuevo constitucionalismo social comunitário desde América Latina. (BRANDÃO, 2015, p. 9-11)

O principal fator que contribui para a diversidade de denominação é que toda essa experiência político-constitucional é bastante recente, as Constituições da Bolívia (2009) e Equador (2008), que constituem o apogeu do movimento, ainda sequer completaram 10 anos de promulgadas, razão pela qual ainda não há consolidada sistematização doutrinária quanto ao tema, como veremos adiante, além de ser objeto de análise desde muitos ramos do conhecimento.

E, para os limites desse trabalho, será feita uma análise mais detalhada das concepções levadas adiante por Roberto Viciano Pastor, Rubén Martínez Dalmau, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo.

Ato contínuo, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, como demonstrado até aqui, constitui-se numa teoria constitucional que prima pela legitimidade democrática da Constituição em seus mais diversos matizes, desde a ativação do Poder Constituinte, até sua promulgação, submetida ao crivo popular via *referendum*, bem como por ser comprometida com a reestruturação da organização estatal, que passa a priorizar diversos mecanismos de participação popular na propositura, fiscalização e controle de atos político-jurídicos de grande relevância no âmbito de um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Ademais, outra característica que também pode ser atribuída ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano, como bem ressaltam Dalmau e Pastor (2014), é que se constituem como movimentos “sem país” e ainda em face de sistematização, o que significa dizer, respectivamente, que 1) não são frutos, necessariamente, de estudos acadêmicos levados a termo dentro dos muros de universidades, mas,

sim, de movimentos sociais populares no âmbito de alguns países da América do Sul e desdobrado com a presença de alguns traços que os caracterizam, como veremos adiante e 2) assim como se encontra em face de um processo de maturação conceitual, nesse sentido:

[...] el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional. Y consiguientemente, carece de una cohesión y articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional (DALMAU; PASTOR, 2014, p. 3-4).

Em síntese, como se pode depreender do que foi exposto até aqui, entende-se como pertencente ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano um conjunto de processos político-constitucionais de ruptura com a história local no constitucionalismo, marcadamente eurocêntrica quanto ao modo de pensar a produção e a realização do Estado e do Direito, em busca de caminhos mais originais, que englobem a diversidade, os anseios domésticos, promovendo, precipuamente, a inclusão e a emancipação sociais nos mais diversos âmbitos da vida institucional de um País, sendo as Constituições da Colômbia (1991), Venezuela (1999) e, principalmente, Equador (2008) e Bolívia (2009) suas manifestações empíricas.

Nos dizeres dos juristas da Universitat de València, que as novas Constituições Latino-Americanas advindas desse novo movimento apresentam algumas características comuns, tornando possível uma análise sistemática da estrutura dogmática das mesmas, sendo estas de natureza formal e material. Segundo os constitucionalistas espanhóis, as Constituições do *nuevo constitucionalismo*, sob o aspecto formal, apresentam as seguintes características:

A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del Pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez). (DALMAU; PASTOR, 2012, p. 172).

Sob o aspecto material, conforme já antecipado acima, também são quatro as características comuns entre as Constituições advindas do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, sendo elas, conforme os ensinamentos de Dalmau e Pastor (2012): 1) intensificação da participação popular; 2) a constitucionalização de novos direitos; 3) normatividade constitucional e 4) participação mais ativa do Estado na economia. Outro nome que igualmente se destaca

na seara do Novo Constitucionalismo Latino-Americano é o da peruana Raquel Z. Yrigoyen Fajardo.

Suas pesquisas dão especial ênfase ao papel que os povos originários tiveram no decorrer dos recentes processos constituintes vivenciados no continente, bem como para o caráter descolonial e emancipador que as Constituições do Novo Constitucionalismo Latino-Americano apresentam como elemento genético principal.

Las novedades constitucionales introducidas en *el horizonte del constitucionalismo pluralista* (con diversos niveles de implementación en la práctica) suponen rupturas paradigmáticas respecto del *horizonte del constitucionalismo liberal* monista del s. XIX y del *horizonte del constitucionalismo social integracionista* del s. XX, llegando a cuestionar el mismo hecho colonial (FAJARDO, 2010, p. 1).

Nesse sentido, as palavras de Brandão (2015, p. 25) ressaltam que “A autora peruana Raquel Yrigoyen Fajardo tem como preocupação fundamental analisar a dinâmica dos povos indígenas e a sua inserção no processo constitucional de alguns países latino-americanos.”

Fajardo divide a história do constitucionalismo em três ciclos, sendo estes: 1) constitucionalismo liberal; 2) constitucionalismo social e, por fim, o 3) constitucionalismo pluralista, no qual se insere o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Em cada uma dessas etapas, a autora discorre sobre suas características centrais, assim como a respeito de como os índios eram vistos ou percebidos pela estrutura estatal.

É na última fase do constitucionalismo, porém, em que se vislumbra um gradual rompimento do paradigma eurocêntrico na feitura das Constituições Latino-Americana para abarcar as cosmovisões locais no texto constitucional, primando pelo princípio da igualdade cultural numa tentativa de reorganizar o Estado nessa região sul da América, com vistas, doravante, as particularidades da conjuntura regional, marcadamente plural e multiétnica, trata-se do *horizonte del constitucionalismo pluralista* e que comporta três subdivisões, classificada pela autora peruana de ciclos, em que analisa a inserção paulatina da cultura indígena nas relações sociais e na estrutura político-constitucional:

Los tres ciclos del *horizonte del constitucionalismo pluralista*, esto es: a) el *constitucionalismo multicultural* (1982-1988), b) el *constitucionalismo pluricultural* (1989-2005) y c) el *constitucionalismo plurinacional* (2006-2009), tiene la virtud de cuestionar, progresivamente, elementos centrales de la configuración y definición de los estados republicanos latino-americanos dibujados en el s. XIX, y herencia de la tutela colonial indígena, planteando un proyecto descolonizador de largo aliento (FAJARDO, 2010, p. 2)

É no terceiro ciclo do horizonte do constitucionalismo pluralista, denominado *constitucionalismo plurinacional*, que se verificam as mudanças de giro copernicano em relação ao modelo de constitucionalismo eurocêntrico que sempre pautou as reflexões e reformas constitucionais perpetradas na região.

Las Constituciones de Ecuador y Bolivia se proponen una refundación del Estado, iniciando con el reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas ignorados en la primera fundación republicana, y se plantean el reto histórico de dar fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no sólo como “culturas diversas” sino como *naciones originarias o nacionalidades* con autodeterminación o libre determinación. (FAJARDO, 2010, p. 8-9)

Ainda segundo a mesma autora, “La constituciones del s. XXI se inscriben de modo explícito en un proyecto descolonizador y afirman el principio del pluralismo jurídico, la igual dignidad del pueblos y culturas, y la interculturalidad.” (2010, p. 9). Na sequência, Fajardo (2010, p. 10) conclui que:

A diferencia de las constituciones precedentes, que apenas tenían un artículo sobre el derecho y la justicia indígena, estas nuevas cartas, sobre todo la de Bolivia, tienen varios artículos específicos, y a su vez menciones al derecho indígena que atraviesan todo el texto constitucional. Considerando los poderes que se consideraban privativos del Estado – y hacían colisión con las potestades que reclamaban los pueblos indígenas- , las constituciones, en particular la de Bolivia, han transversalizado el reconocimiento de potestades que hacían colisión con el organismo legislativo, ejecutivo y judicial.

As constituições oriundas do *constitucionalismo plurinacional*, dessa forma, permitiram mais do que a constitucionalização dos direitos e cosmovisões indígenas, mas, também, o redesenho da estrutura institucional do Estado, possibilitando, assim, que as diversas etnias que compunham esses Países pudessem ocupar isonomicamente importantes cargos no interior dos Poderes estatais – a exemplo, na Constituição da Bolívia, da paridade de representação no sistema de justiça e no Tribunal Constitucional – bem como o reconhecimento da autoridade indígenas na circunscrição territorial, etc.

Da análise dos teóricos e teórica citados acima, depreende-se que as Constituições oriundas do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, ou nos dizeres de Fajardo Constitucionalismos Pluralistas, apresentam como elemento genético fundados o caráter emancipador e plural, bem diferente do que habitualmente tem se observado do Direito em geral. A audácia e a coragem de refundar o Estado de Direito já angaria o reconhecimento da crítica acadêmica:

En todo caso, es interesante reconocer que al menos

dos de las nuevas Constituciones, la del Estado Plurinacional de Bolivia y el Ecuador, que son las que muestran los principales cambios en su organización interna, son las que aparecieron más claramente comprometidas con un rechazo frente a tradiciones constitucionales de raíces individualistas/elitistas. En ambos casos, además, las nuevas Constituciones incluyeron en sus textos explícitas referencias a cuál sería la “nueva filosofía” a plasmar a través de un renovado texto constitucional. (GARGARELLA; COURTIS, 2009, p. 21)

Conclusão

À guisa de conclusão, confirmam-se as hipóteses formuladas no início desse trabalho. Primeiramente, muito embora os hercúleos esforços e construtos teóricos da teoria e da filosofia do Direito em apresentar um fundamento transcendental de justificação ou validação do Direito, o Jusnaturalismo com inspiração teológica ou racionalista; e o Juspositivismo com seu apreço exacerbado em relação ao rigor lógico-formalista, o certo é que o fenômeno jurídico não escapa aos condicionantes culturais de seu tempo, sendo, portanto, produto deste, positivando tudo aquilo quanto o seu tempo permita.

Essa forma de pensar o Direito, como expressão de uma verdade única ou de neutralidade moral, possibilitou às classes dominantes manejar o direito em defesa de seus interesses, impondo aos estratos sociais mais baixos seus modos de pensar, e ver o mundo, a ordem econômica e estatal.

Ao mesmo tempo, comprovou-se que o Direito também pode ser instrumento de emancipação e redução de desigualdades sociais, políticas e jurídicas, desde que se conceba o fenômeno jurídico sob uma plataforma democrática e plural. Nesse sentido, as experiências do Novo Constitucionalismo Latino-Americano na Colômbia, Venezuela e, principalmente, Equador e Bolívia, são demonstrações cabais de que o Direito também pode estar a serviços das massas populares.

Recentes estudos³ demonstram que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano tem propiciado aos países em que foi efetivamente implantado saltos de qualidade de vida e bem estar social, o desenvolvimento de uma cultura política mais plural e democrática, apesar dos vários obstáculos que tem enfrentado no decurso do caminho, principalmente de subversão dos poderes constituídos em face da vontade do poder constituinte.

Apesar disso, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano é manifesta demonstração de que é possível construir Estado e Direito para atender aos interesses populares e desvincular seu destino das vontades de elites econômicas. Resta aguardar o decurso do tempo e observar com atenção a capacidade desse movimento de concretizar tal pretensão.

3. Martínez Dalmau, R. (2018). ¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?. *Cultura Latinoamericana*. 28 (2), p. 138-164. DOI: <http://dx.doi.org/10.14718/CulturaLatinoam.2018.28.2.7>

Referências

ANTAS JR., Ricardo Mendes. *Território e regulação – espaço geográfico: fonte material e não formal do direito*. São Paulo: Humanitas; 2005.

BRANDÃO, Pedro. *O novo constitucionalismo pluralista latino-americano*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

CAPDEQUI, José María Ots. *El Estado Español en las Indias*. México: Fondo Económico Cultural, 1982.

DURHAN, Eunice. *A dinâmica da cultura*. Cosac & Naify, 2004.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Kartz, 2016.

GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. CEPAL – Serie Políticas Sociales. Santiago: Naciones Unidas, 2009.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

GEERTZ, Clifford. *O saber local*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KUPER, Adam. *Cultura, a visão dos antropólogos*. Bauru, SP: EDUSC, 2002.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MARTINEZ, Jorge Carvajal. *La Sociología Jurídica en Colombia*. Bogotá: Universidad Libre, 2016.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando, ed. *Política, Justicia y Constitución*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. p. 157-186.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. *Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*. 2014.

MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (org.). *Colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 33-49.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SEGATO, R. L. *La Nación y sus otros*. Buenos Aires: Prometeo, 2007.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. *A formação do estado democrático de direito: o constitucionalismo na emergência da sociedade civil*. Injuí: Editora Injuí, 2016.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Zonia. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. 2010. Disponível em: [http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010\[1\].pdf](http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010[1].pdf). Acesso em: 25 abr. 2017.