

Introdução

O estudo objetiva demonstrar as incongruências do fenômeno jurídico, ao analisar os desdobramentos e consequências do pensamento Ocidental, constatando-o como uma esfera retórica incapaz de possibilitar novos horizontes, no que tange ao constitucionalismo. Para tanto, considera-se a historicidade crítica como elemento desmistificador, de forma a demonstrar o direito como fenômeno social e não como uma ciência pura e mitificada.¹ Nessa trilha, realizou-se um resgate de aportes teóricos e reflexões com base no campo sócio-histórico crítico, que apontam que a universalidade a eles apregoada, em fato, se trata de uma estratégia política de poder (QUIJANO, 2005) pautada na globalização de um pensamento local, o do Ocidente². Portanto, o estudo busca explorar o direito por meio de suas características socio-político-geográficas e explicar sua incompatibilidade com a realidade do Sul global. Nesse cenário, considera-se os aspectos histórico-críticos da estruturação jurídico-estatal colonial Ibero-americana que importa um pensamento jurídico alienígena ao contexto originário local, de forma a subjugar e oprimir identidades nacionais e outras formas de viver.

Diante dessas questões, indaga-se: Existe a possibilidade de uma fundamentação do Direito a partir das epistemologias do Sul? Se sim, seria a Constituição um instrumento basilar para tanto? A busca por essas respostas evidenciarão os dilemas da modernidade e a necessidade de reavaliarmos elementos que subsidiaram a consolidação do projeto de vida moderno.

Nessa trilha, a problemática central diz respeito à possibilidade de insurgência de um novo direito, capaz de integrar as diversas práticas socio-culturais. Na busca pelo (res)significado do direito, *Sumak kawsay* e *Suma Qamaña*, epistemologias constitucionalmente adotadas pela Bolívia e Equador, proporcionam um giro paradigmático que afasta o modelo antropocêntrico de constituição para vigorar um

¹ A elaboração do presente estudo foi pensando em se desenvolver um tema de maneira crítica. A mera descrição dos fenômenos, por si só, não logra essa abordagem. Por isso, a teoria crítica permitirá não só descobrir os diferentes aspectos ocultos na realidade, mas sobretudo, abrirá portas para uma nova dimensão: a da experiência. Assim, a teoria reencontra sua ligação com a prática, com o mundo social existente. Nesse sentido, Dussel (1977), Wolkmer (2001), Flores (2009) compõem o arcabouço teórico utilizado para desenvolver o embasamento científico desse estudo. Isso porque são de significativa influência no rumo teórico da pesquisa que trata do Pluralismo Jurídico.

² Os estudos de Kelsen (1991; 2007), Kant (1992), Sarmiento e Souza Neto (2014), Bolzan de Moraes e Streck (2014), Barroso (2001) foram utilizados para analisar a epistemologia constitucional Ocidental de viés positivista e pós-positivista, de forma a evidenciar a crise do direito e suas principais matizes e incongruências.

biocêntrico de dignidade³. Assim, possibilita novas reflexões jurídicas acerca do que se entende por constitucionalismo, direitos humanos, Estado, sob a ótica do Novo Constitucionalismo Latino Americano.

Objetivando colmatar a investigação científica ora proposta, a partir de uma pesquisa bibliográfica de caráter interdisciplinar, empregou-se o método hipotético-dedutivo (BITTAR, 2013), direcionado à análise da epistemologia jurídica do Sul e do Norte. Isso em razão da imprescindibilidade em se recorrer a uma análise da experiência histórica do Direito, essencial para a compreensão do contexto colonial em que se insere o continente latino-americano.

A constatação da necessidade e emergência de um direito com um semblante latino-americano trata-se de um movimento já em curso, como demonstra as constituições da Bolívia e do Equador, constantes no marco do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Isso porque adotam o *Buen Vivir*, paradigma que vai de encontro às premissas de sistemas constitucionais advindos do Norte global. O desvelar das epistemologias do Sul possibilitará a elucidação prática do que objetiva o pensamento descolonial, bem como propiciará a revelação epistemológica por trás de realidades silenciadas. Trata-se, portanto, de ferramenta fundamental às relações de colonialidade formadas nos movimentos hegemônicos mundiais forjados no paradigma moderno/colonial.

O estudo proposto foi elaborado com a ideia de compreensão e aprofundamento no que tange ao potencial das epistemologias dos povos indígenas para um giro jurídico-paradigmático. Pensou-se na possibilidade de vir a servir como meio de reflexão sobre alternativas jurídico-constitucionais brasileiras, por meio da cosmologia indígena, bem como fortalecimento da luta indígena. Isso porque as lutas e movimentos sociais dão origem à transformação do direito (FLORES, 2009). Também tem por escopo romper com as amarras do colonialismo que nos rodeiam e que utilizam formas de opressão e ocultamento de grupos marginalizados, levando-os ao extermínio.

1. Epistemologia Constitucional Ocidental: do positivismo ao pós-positivismo

O termo constitucionalismo apareceu no vocabulário jurídico-político há cerca de duzentos anos, associado aos movimentos revolucionários franceses e americanos. Assim

³ Segundo Zaffaroni (2012), o biocentrismo afirma o direito à dignidade de todos os seres vivos, incluindo os não humanos, sendo, portanto, uma alternativa ao modelo normativo antropocêntrico.

surgiu o Estado Moderno, no século XVI, conjuntamente com o constitucionalismo liberal-burguês. Ainda que representem um marco jurídico e de luta social contra a ordem medieval (sustentada pelo paradigma do Direito Natural), possuem como cerne uma epistemologia pautada em um discurso excludente. Isso porque é elaborada por e para determinada classe social⁴ cujos interesses se voltam, basicamente, à proteção da propriedade privada e do livre mercado, envoltos sob o rótulo de liberdades individuais e abstenções estatais.

Os ideais inerentes à epistemologia ocidental não instauram uma ordem normativa capaz de beneficiar a camada populacional mais oprimida, àquela época, os operários e camponeses. Portanto, o *status quo* se manteve inalterado desde então, orientado à buscar segurança jurídica e a secularização do poder político. Esses ideais influenciaram todo o mundo, dando origem ao constitucionalismo e aos Estados modernos.

Por consequência, houve a ascensão do capitalismo, primeiramente assentado pelo ideário iluminista que exaltava a “razão” e, posteriormente, com a Revolução Industrial que exigia respostas mais rápidas ao direito às demandas sociais, deu lugar à lei como principal fonte do direito, já no século XIX, direcionando a criação de regras racionais, estáveis e universais.⁵

Diante de tal emblemática, é possível compreender que, embora a Revolução Francesa tenha substituído o absolutismo pelo Estado Moderno, não foi possível desfigurar a figura centralizadora do poder, mantendo-o, agora, não mais com base no direito Natural, mas por meio do princípio da legalidade⁶. Desse contexto adveio a Constituição Francesa de 1791, originada pela Revolução Francesa, e a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, originada das Revoluções Estadunidenses, que trouxeram consigo o “Mito da Lei”⁷

⁴ Aqui, dá-se início às várias teorias que pretendem estabelecer um marco do Estado monista e justificar a necessidade do Estado moderno, a exemplo de pensadores como Montesquieu, que elaborou a teoria sobre a separação dos poderes, e Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, que elaboraram teorias contratualistas. (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2014).

⁵ O constitucionalismo moderno, influenciado pelo positivismo, baseia-se na generalidade e na abstração a fim de, supostamente, tornar possível a liberdade e a igualdade. No entanto, estas se mostram meramente formais, como estratégias de contenção de rebeliões advindas de camadas sociais que não se beneficiam com esse projeto de vida moderno ou, pior, são por ele invisibilizadas e executadas. Assim, o discurso liberal de garantia de liberdade e igualdade são ideologias que ocultam e não lidam com as desigualdades.

⁶ Ponto criticado também por Ferrajoli (2015), que demonstra que o princípio da legalidade não abarca uma avaliação material da lei. Isso porque, como explica o autor, a noção de que uma norma jurídica existente é considerada válida apenas em decorrência da forma com que foi produzida, a desvincula da essencial noção intrínseca de justiça, pois leva em conta, apenas, o procedimento com que foi editada e a legitimidade de quem a editou.

⁷ “Fetichismo da lei assentado na noção de que esta é, ao mesmo tempo, a expressão do Estado soberano e a construção lógica do legislador perfeito. Nessa trilha, todo o trabalho do intérprete é enfeixado na concepção de que acima de tudo está o texto, continente do direito, do qual não pode o jurista fugir. Assim, o juiz não

como único instrumento capaz de proporcionar liberdade aos cidadãos e impor-lhes um pacto social de deveres e direitos.

A preocupação apenas com o plano formal da norma advém da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen (1991). O filósofo austríaco defende que a constituição ocupa o pico da famosa pirâmide kelseniana, no sentido de configurar-se como norma superior que serve de parâmetro à validade das leis e estas, por sua vez, às sentenças judiciais (relação de determinação ou vinculação).⁸ Para Kelsen, a eficácia não é requisito de validade da norma jurídica, pois uma norma socialmente ineficaz pode ser considerada válida se produzida em observância ao ordenamento jurídico, ou seja, basta a conformidade com o requisito formal de não estar em desacordo com as normas superiores. Portanto, assim como ocorre com a teoria idealista da Constituição Real⁹, na Teoria Pura do Direito, o direito é incapaz de refletir a realidade.

Com o aumento do número de desempregados ocasionado pela crise de 1929, houve uma política de concessão de direitos sociais, marcando um novo momento histórico denominado *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social, Estado-providência ou Estado social). O Estado de Bem-Estar Social, embora constitucionalmente conceda maiores garantias coletivas, ainda objetiva beneficiar determinadas camadas sociais. Portanto, configura-se uma estratégia para conter rebeliões populares ao mesmo tempo que coloca a alteração do *status quo* em segundo plano, quase uma política do *panis et circenses* (pão e circo) maximizada. Nesse sentido, a democracia nacional possui uma potencialidade desestabilizadora, já que a tendência dos cidadãos será de resistência ao sistema e às políticas apregoadas pelo Estado Providência. O Estado de Bem-Estar Social incorpora novas funções ligadas a serviços públicos, em decorrência das exigências por igualdade

aplica o direito, aplica a lei, pois, na condição de aplicador do direito, seu entendimento é neutro e imparcial.” (PEREIRA, 1999. p. 131).

⁸ Kelsen denomina essa relação de “norma hipotética fundamental”, que é toda norma que tem como parâmetro a norma superior, até se chegar ao topo da pirâmide, onde se encontra a norma fundamental. Nesse sentido, a constituição não é imposta com base na norma fundamental, mas a norma fundamental que é pressuposto de eficácia da constituição. Trata-se, portanto, do artifício metodológico usado por Kelsen para superar fundamentações metafísicas e de caráter valorativo. É com base nela que Kelsen fundamenta a cientificidade do direito e do ordenamento jurídico, excluindo a sociologia, a política, a ética à ciência do direito, a fim de, supostamente, alcançar uma pureza, quando, na verdade, impede qualquer possibilidade de interdisciplinaridade e relação com a realidade social. Assim, segundo o pensamento kelseniano, seria possível os juristas sempre chegarem a um resultado correto ou falso, como se fossem cientistas físicos.

⁹ Teoria baseada na concepção liberal de Benjamin Constant, que entende que “tudo o que assegura a liberdade é constitucional, mas nada é constitucional senão para assegurá-la: estender a Constituição a tudo é atrair os perigos para ela”. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014, p. 184-185). Duas críticas direcionadas a essa teoria são: 1) em que pese positivarem a liberdade e a igualdade, é incapaz de se concretizar no plano real social, marcado pelo arbítrio e pela desigualdade; 2) A Constituição Real deveria aproximar-se do plano social e não passar esse papel ao Código Civil, como acontece. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2014).

material, como a flexibilização da proteção da propriedade, ao mesmo tempo que concede maior autonomia privada. Em âmbito institucional, como consequência, quanto à separação entre os poderes, concede maior atuação ao executivo¹⁰.

O positivismo hegemônico entra em colapso no segundo pós-guerra, ao ficar claro que os preceitos da legalidade, separação de poderes e abstenção do Estado na economia contribuíram à ocorrência do holocausto. Na segunda metade do século XX, emerge o pensamento pós-positivista, advindo da virada kantiana¹¹, marcando a redescoberta da possibilidade em se discutir ética normativa, justiça, moral e fundamentação filosófica, por meio de direitos fundamentais. No entanto, esse marco epistemológico jurídico também não objetiva uma mudança do *status quo*. Isso porque, ainda que traga a figura dos direitos fundamentais, estes possuem as subjetividades do Norte global e beneficiam somente pessoas que se encaixam na epistemologia e interesses a eles (os direitos fundamentais – que nada mais são que os direitos humanos constitucionalizados) inerentes. Portanto, é possível dizer que o pós-positivismo é a tentativa de aperfeiçoamento ou nova roupagem do positivismo.

O método utilizado na epistemologia pós-positivista, cujo um dos idealizadores foi Karl Popper, entende que o conhecimento humano não é baseado no incontestável ou solidificado em bases pétreas. Portanto, se baseia no levantamento de hipóteses. No entanto, não se trata de um relativismo ou aceitação da possibilidade de outras concepções, pois ainda mantém o ideal de verdade objetiva, o realismo ontológico e o uso da metodologia experimental.

Na teoria do direito, a moral passa a aferir o direito, tanto no momento do reconhecimento de sua validade, quanto no momento de sua interpretação e aplicação, originando uma novo marco constitucional, o do neoconstitucionalismo. O caráter liberal de outrora passa a utilizar uma roupagem social-democrática contida em princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e da liberdade, guiando a norma e influenciando estudos de juristas como John Rawls, Robert Alexy e Ronald Dworkin, Miguel Reale. Esses estudos partem muito mais de um plano ideal do que propriamente da aplicabilidade dessas noções à realidade social.

¹⁰ Fenômeno denominado por Bolzan (2007, p. 29) de “executivização da constituição” ou, de acordo com Gargarella (2014), “presidencialismo forte”.

¹¹ Expressão cunhada por Otfried Hoffe (1990, p. 351), na década de 70 do século XX, em decorrência da reaproximação entre direito e moral, marco da emergência do pensamento pós-positivista. O marco teórico dessa virada foi a Teoria da Justiça, desenvolvida por John Rawls, em 1971 (RAWLS, 1980), que trabalha com noções de liberdade e igualdade muito distantes da realidade social.

Segundo o pós-positivismo, os seres racionais são chamados de pessoas porque sua natureza os designa como um fim em si mesmo, não podendo servir de meio.¹² A pessoa revela-se, portanto, portadora de um valor absoluto simplesmente porque sua natureza racional existe como um fim em si mesma, representando o homem sua própria existência. Quando da análise do pensamento de Kant, é possível observar a influência da tradição grega, consubstanciada pelo pensamento natural e pela racionalidade. Também percebe-se a matiz cristã, por conceber a dignidade como valor intrínseco à pessoa humana, se revelando acima de qualquer outro ser, inclinação essa de caráter moral. Kant, diferentemente de Kelsen¹³, tenta deduzir o direito não da relação com o *dever ser*, mas com o *ser*. Isso porque sua teoria institui a dignidade humana como método para encontrar juízos que revelem valores universais.¹⁴ Assim, utiliza da noção de metafísica ontológica calcada em uma filosofia transcendental baseada na análise da natureza da escolha racional e livre do indivíduo.

É com base nas reflexões de Kant que se configura o atual pensamento constitucional ocidental hegemônico, no qual tem aporte os direitos humanos, que nada mais são que direitos éticos e morais do Norte global, difundidos em todo o mundo sem levar em conta aspectos sociais, culturais e jurídicos das sociedades, concebendo a todos o mesmo nível de caráter absoluto enquanto ser humano, por ser livre, racional e dotado de autonomia.¹⁵ Assim, o fundamento dos direitos humanos é o próprio homem. A dignidade humana é o referencial filosófico e metodológico utilizado para influenciar todo e qualquer

¹² Daí o imperativo de Kant (1992, p. 27): “age de tal sorte que consideres a humanidade tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Aqui, é possível observar a influência de Rousseau, no que diz respeito à sua fórmula da vontade geral. Isso porque o direito, segundo Kant, é o conjunto de condições pelas quais se torna possível a liberdade de cada um, podendo ser constatadas de acordo com a liberdade dos demais. Segundo Kant, a vontade constitui a própria razão pura prática e universal entre todos os homens e é a mola propulsora que o faz cumprir com seus deveres. Sendo assim, de acordo com o pensador, o dever se assenta no princípio da liberdade, estando vinculadas lei e vontade humana, uma vez que o homem cumpre com seu dever se este estiver atrelado à sua vontade pura ou razão pura prática.

¹³ “Do fato de algo ser não pode seguir-se que algo deve ser; assim como do fato de algo dever ser não pode seguir que algo é. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma” (KELSEN, 1991, p. 215).

¹⁴ Kant possui influências do racionalismo dogmático de Descartes, Leibniz e Espinosa e o empirismo cético de Bacon, Hume e Locke. Isso porque esses racionalistas buscavam verdades absolutas sem a intervenção da sensibilidade por esta ser um obstáculo ao conhecimento/razão. Acontece que nenhum desses pensadores, quando analisados separadamente, são capazes de responder ao anseio filosófico de Kant, pois, ao se ater somente na razão humana, não é possível criar uma teoria que explique a própria razão como elemento do conhecimento. Kant criou na razão uma noção de fé. O mesmo ocorre na concepção de conhecimento como aquele advindo da experiência. Portanto, não é possível abstrair dessas correntes princípios seguros capazes de reger o conhecimento. Assim, buscando respostas que não caíssem nas antípodas do racionalismo e do empirismo, Kant conflui as correntes defendidas pelos autores mencionados. A resposta vem com a “Crítica da Razão Pura”, em 1781, “Crítica da Razão Prática”, em 1788, e “Crítica do Juízo”, em 1790.

¹⁵ Características do direito natural.

direito, sendo este somente possível de ser direcionado ao homem. Por isso, pode-se concluir que os direitos humanos possuem fundamento antropológico na ideia de necessidades humanas básicas e essenciais, desde que pautadas na razão. Esta, por sua vez, é passível apenas ao ser humano e desde que portador das características a ela inerente, sendo esse o pressuposto para beneficiar-se dos interesses vinculados a essas necessidades.

Nesse contexto, emergiram diversas teorias críticas¹⁶ que tem como objetivo analisar a sociedade fortemente marcada pela lógica instrumental racionalista, bem como pelo projeto iluminista. No século XX, em 1923, ganhou mais evidência os estudos desenvolvidos pela escola de Frankfurt (composta por Adorno, Horkheimer, Benjamin, Habermas). Essa escola, de origem alemã, possui duas matrizes teóricas: o marxismo e a psicanálise de Freud. Busca estabelecer um pensamento crítico que preze pela conscientização, resistência, emancipação de um sujeito histórico, ou seja, titular de uma praxe capaz de transformar o mundo.

A Teoria crítica pós moderna, escola francesa composta por pensadores como Deleuze e Guattari, ao contrário da noção de emancipação para transformação (como acredita a escola de Frankfurt), baseia-se na busca por desconstrução do imaginário racionalista, resultando, comumente, em estudos relacionados a raça, a gênero, a cultura, a fim de evidenciar as contradições e hegemonias contidas nas epistemologias dominantes.

2. Epistemologias do Sul e o Novo Constitucionalismo Latino Americano

Existe um pensamento crítico latino-americano ou somos replicadores desse pensamento crítico ocidental? Uma epistemologia constitucional do Sul é possível? ¹⁷

Para orientar esse desvelar do Sul, a teoria crítica latino-americana¹⁸ muito contribui ao pensamento descolonial, pois permite uma reflexão dos mais variados temas e

¹⁶ O presente estudo se limita a análise de algumas teorias críticas, entendendo-as como algo dinâmico, não dogmático, estático, universal ou absoluto, voltado para a autonomia, emancipação e, acima de tudo, autocrítica.

¹⁷ A teologia da libertação e a teoria da dependência giram em torno dessas indagações. Exemplo de pessoas que buscaram um indivíduo e mundo latino-americano: Gustavo Guterres, Camilo Torres, Arturo Roig, Horacio Cerutti, Enrique Dussel. Esses autores são criticados por buscarem uma filosofia periférica não universal, diferentemente da filosofia local grega alemã, europeia, por exemplo, que foi universalizada. Essa busca é visível em autores de diversas áreas, como Milton Santos, Darcy Ribeiro, Paulo Freire, Florestan Fernandes, Orlando Fals Borda, Celso Furtado, José Julián Martí Pérez, Mercedes Sosa, Augusto Boal, Glauber Rocha, Mario Benedetti, Ernesto Sabato, Gabriel García Márquez, Jorge Amado, Pablo Neruda, Rubén Darío, Oscar Correa.

¹⁸ As principais referências teóricas desse pensamento advém do Projeto M&C (Modernidade e Colonialidade), composto por estudos de Aníbal Quijano, Enrique Dussel, Catherine Walsh, Boaventura de

formas de conhecimento, demonstrando pressupostos filosóficos, políticos e metodológicos alternativos. Assim, dá autonomia ao indivíduo para compreender os processos histórico-sociais em que se desenvolve a América Latina, bem como compreender o colonialismo inerente ao continente e ao indivíduo latino-americano enquanto ser colonizado.¹⁹ Além disso, contribui e dá maior possibilidade de respeito às diversas lutas populares que resistem a um histórico processo de opressões e silenciamento. (FLORES, 2009).

O Novo Consitucionalismo Latino-Americano demonstra a renovação de diversos setores políticos e das dinâmicas sociais da América Latina, ao colocar em questionamento os sistemas e conhecimentos hegemônicos. Isso porque aponta a necessidade de se repensar uma teoria crítica *desde el Sul* e de viés periférico. Reflete anseios de sujeitos emergentes, subalternos, minorias, indígenas, afrodescendentes, na tentativa de mudar o *status quo*, referido alhures, e não mais silenciar as epistemologias do Sul. Sendo assim, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano baseia-se na busca por rompimento com categorias pós-coloniais²⁰ e implementa ações de caráter descolonial.²¹

Nesse sentido, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano pode ser entendido como um processo de transição. Isso porque ainda não efetivou rompimentos epistemológicos consubstanciais, necessários à realidade sócio-histórica do Sul. No entanto, ainda assim, configura um projeto com o diferencial de ser pautado na praxe material, ao partir da realidade américa-latina. No plano epistemológico, traz novas concepções de

Sousa Santos, Freya Schiwy, José Saldívar, Nelson Maldonado-Torres, Fernando Coronil, Javier Sanjinés, Margarida Cervantes de Salazar, Libia Grueso, Marcelo Fernández Osco, Edgardo Lander, Arturo Escobar. Os estudos do grupo são orientados pela “Teología de la Liberación desde los sessenta; los debates en la filosofía y ciencia social latino-americana sobre nociones como filosofía de la liberación y una ciencia social autónoma (e. g. Enrique Dussel, Rodolfo Kushm Orlando Fals Borda, Pablo González Casanova, Darcy Ribeiro); la teoría de la dependência; los debates en Latinoamérica sobre la modernidad y postmodernidad de los ochenta, seguidos por las discusiones sobre hibridez en antropología, comunicación y en los estudios culturales en los noventa; y, en los Estados Unidos, el grupo latino-americano de estudios subalternos”. (ESCOBAR, 2003, p. 53).

¹⁹ Um olhar crítico sobre o ensino implica em se opor a todo uso ideológico que pretenda compreender o conhecimento a partir de uma lógica monocultural (a do Ocidente) que se legitima com fundamentos absolutos ou transcendentais orientados a desqualificar o diferente e a desvalorizar as demais formas de vida e de identidades.

²⁰ O pós-colonialismo é um período posterior à colonização, com a declaração de independência dos países, mas ainda marcado por forte dependência entre colonizadores e ex-colônias.

²¹ Descolonialismo trata-se de um pensamento crítico baseado na noção de ruptura de todas as formas de colonialismo existentes no pós-colonialismo, a exemplo da teoria crítica clássica eurocêntrica. Walter Dignolo e Catherine Wash adotam a terminologia “decolonialismo”. Enrique Dussel, Anibal Quijano, Castro Gomes são exemplos de autores críticos que buscam uma perspectiva latino-americana. A busca por essa teoria crítica baseada na identidade latino-americana resulta na averiguação de características marcantes de nosso continente: alteridade, pluralidade e interculturalidade.

mundo, ao consagrar cosmologias indígenas nas constituições, a exemplo a da Bolívia e do Equador, que objetivam proteção à *Pachamama*.²²

Sumak Kawsay é uma delas. Consagrada pela Constituição equatoriana, trata-se de uma expressão Quéchuá, idioma tradicional dos Andes. Não possui tradução nas línguas coloniais. O significado mais próximo é *Buen-vivir*. No entanto, não possui conotação a um viver bem utilitarista. Sumak significa o ideal, o belo, o bom, realização, plenitude; Kawsay quer dizer viver, vida digna, harmonia e equilíbrio entre o universo e o ser humano. A postura biocêntrica do Equador, ao reconhecer a Natureza como sujeito de direitos, demonstra uma alternativa ética de aceitar que o meio ambiente possui valor intrínseco, ontológico. (Acosta, 2016). Suma Qamaña é uma expressão da etnia boliviana Aimará. Similar à Sumak Kawsay, refere-se ao *Buen-vivir* relacionado à ideia de olhar o passado, viver o presente, para projetar o futuro como sonho de vida plena. (ZAFFARONI, 2010).

3. A constituição como instrumento de luta social

O direito pode ser uma ferramenta para emancipar ou liberar?

É necessário questionar o direito positivo e toda a tradição do formalismo jurídico, bem como o projeto monista estatista. Nesse sentido, a teoria crítica deve debruçar-se a repensar as estruturas e institutos jurídico-estatais, bem como a quem representam, a quais necessidades contemplam e quais interesses atendem. Para isso, mostra-se essencial uma análise do direito, desde aquele ensinado dentro das faculdades de graduação e pós-graduação, até aquele empregado por agentes estatais, de forma a buscar alternativas contra-hegemônicas acerca do direito e seus beneficiados. Assim, é possível formar advogados, juízes, procuradores, promotores populares, sujeitos em geral mais comprometidos e atentos às questões e interesses populares (dos subalternizados, dos pobres, dos indígenas, dos quilombolas, dos afrodescendentes). Portanto, é necessário consolidar um ensino acadêmico desenvolvido para a praxe, que compreenda análises críticas de conjunturas, comprometido com as questões latino-americanas e voltado a instrumentalização das lutas sociais.

²² Deidade máxima dos Andes, protetora da natureza, cujo nome Quéchuá significa Mãe Terra. Esse ser espiritual exige respeito e cooperação dos demais seres para com ela. Sua consagração pela Constituição do Equador objetiva respeito aos ciclos naturais ecológicos, o que implica na rejeição da teoria utilitarista dos recursos naturais sobre a qual se alicerça o capitalismo. (ZAFFARONI, 2010).

A partir do estudo epistemológico do constitucionalismo, é possível conhecer as origens histórico-sociais do direito, demonstrando as razões pelas quais encontramos nesse estado de coisas. Do mesmo modo, trata-se de saber que na origem do que hoje entendemos por direito encontra-se uma ideologia que legitima práticas e distribuições de poder. Portanto, a historicidade contida na epistemologia constitucional se mostra uma ferramenta imprescindível, no sentido de que desistoricizar significa atingir a identidade dos povos. A invisibilização da história da América Latina, das suas lutas sociais e das suas epistemologias, por meio de duvidosas noções de neutralidade, imparcialidade, universalidade, racionalidade, coloniza o latino-americano, deixando oco e passível de dominação e não-identificação. Portanto, “Historizar é humanizar; e nada no humano é estático ou procede de alguma ordem transcendental.” (FLORES, 2009). Isso porque, todo fenômeno social decorre de uma causa histórica.

É preciso, também, conhecer a evolução temporal dos fenômenos: suas linhas, seus traçados, suas continuidades e descontinuidades, suas semelhanças com outros processos, as rupturas temporais que podem produzir ações sociais que subvertam a concepção unilinear do tempo (sempre funcional aos interesses dos que atualmente ostentam o poder). (...) A partir da historicidade/temporalidade, poderemos perceber e assimilar o caráter “dinâmico” dos processos sociais. Não há nenhum processo estático, por isso não há um “fim da história”. Tudo é mutável e transformável. É preciso, porém, afirmar a “processualidade” da realidade. (FLORES, 2009, p. 131).

Ademais, não é possível compreender a ciência jurídica se não a compararmos com outras concepções diferentes sobre o direito, de forma a compreendê-la como fenômeno sociocultural advindo das lutas sociais. Ao revirar o cânone do constitucionalismo, é possível obter uma consciência da situação que os agentes sociais ocupam e o modo como atuam no processo de acesso aos bens. É necessário entendê-los como favorecidos ou desfavorecidos no sistema liberal, se são explorados, se recebem vantagens, se há igualdade formal e material e, conseqüentemente, evidenciar como se dá a legitimação do poder Estatal e a capacidade de reagir dos indivíduos diante de cada fenômeno. Nesse sentido, é imprescindível desenvolver concepções

que tenham em conta as diferentes formas de perceber, narrar e atuar no mundo; ou seja, as diferentes formas de lutar por uma vida digna de ser vivida. Por conseguinte, necessitamos urgentemente ampliar nosso conhecimento a respeito do que outras culturas entendem pela dignidade humana. Precisamos realizar algo como uma “leitura contrapontística”, na qual diferentes vozes sejam escutadas e levantadas em consideração

como um recurso público de enorme importância para visualizar que não é tão clara a contraposição entre “civilização” e “barbárie”. (FLORES, 2009, p. 129-130).

Com relação à “leitura contrapontística”, alhures mencionada por Flores, significa contrapor as distintas posições/perspectivas/concepções, a fim de desmistificar os marcos relacionados ao fenômeno do direito.

Por que continuar insistindo na ciência jurídica, mais especificamente no constitucionalismo que institui a dignidade humana, direitos humanos e formas de Estado? A resposta a essa pergunta não se trata de uma opção pessoal, mas sim da postura político-social dos movimentos populares. Nesse caso, o Novo Constitucionalismo Latino Americano demonstra que o constitucionalismo pode ser utilizado como ferramenta de luta capaz de propiciar o diálogo. Isso porque além da epistemologia do Sul adotada, foi originado de baixo para cima, ou seja, a partir da atuação das camadas sociais menos favorecidas economicamente que demonstraram como utilizar a constituição como estratégia de luta contra ideais liberais, ainda que esse instrumento seja de origem ocidental.

Assim, mostra-se possível a apropriação e reformulação do direito por grupos subalternizados para se defenderem, inclusive, do próprio direito, ainda que o utilizem, outrora, como ferramenta. Portanto, a resposta dada pelas lutas sociais demonstra que não é necessário que a América Latina abdique de instrumentos simplesmente por serem de origem epistemológica ocidental, desde que os utilizemos como ferramenta útil ao diálogo e à emancipação. Consequentemente, o constitucionalismo demonstra-se transformador da realidade para alteração do *status quo*.

Conclusão

Os ideais de constitucionalismo, Estado, Direitos, fundamentados no positivismo e pós-positivismo, apontam uma grande contradição em suas funções, pois suas origens e funções estão distantes da realidade latino-americana. A passagem do positivismo para o pós-positivismo não objetivou mudança no *status quo*, já que os direitos sociais e econômicos são contingentes em sua aplicação e efetivação.

Em uma análise mais profunda, mais do que uma contradição, trata-se de manter intactos interesses liberais em detrimento de uma vida verdadeiramente digna dos grupos subalternizados. Assim, o neoconstitucionalismo mostra-se uma política do *panis et*

circenses (pão e circo) maximizada do que efetivamente uma política de distribuição de riquezas e acesso ao maior dilema da história da humanidade: a propriedade privada.

Sendo assim, se a constituição é tão contingente para com ideais sociais e econômicos, como defende-la? Esse é o debate travado entre Carl Schmitt (1992) e Hans Kelsen (2007) nos anos vinte, mais especificamente no que diz respeito a quem defende a constituição. Para Kelsen, é necessário uma entidade independente para defender a constituição que, segundo ele, são os tribunais constitucionais. Já para Schmitt, os tribunais constitucionais não possuem legitimidade para tanto, pois os juízes nem sequer são eleitos, portanto, não devem defender nem suspender uma constituição que é criada através do povo soberano. A tese política que vigora no neoconstitucionalismo do pós-guerra é a de Kelsen (podemos observar a aderência de grande parte dos países ao *judicial review*, aos tribunais constitucionais, ainda que Kelsen entenda que os juízes possuam discricionariedade limitada para interpretar as lacunas da norma). No entanto, mostra-se melhor relacionada à realidade a ideia defendida por Schmitt. Isso porque a utilização de estados de exceção como forma de garantia da ordem social e da própria constituição é uma atitude política muito comum (o estado de exceção apresenta-se como a própria regra), ainda que existam tribunais constitucionais nos Estados que dele utilizam. Essa contradição aponta uma crise do direito. Sendo assim, estaria o neoconstitucionalismo em sua fase final?

A epistemologia do Norte engloba todas as problemáticas que recaem na realidade latino-americana? Seria o constitucionalismo um reflexo de ideais nacionais ou uma ordem de influência global (mascarada por um Estado Providência ou Estado de Bem-Estar Social), de caráter econômico-cultural (colonialismo e imperialismo), advinda do Ocidente? A constituição nacional é capaz de se defender das influências (desestabilizadoras e aquém da realidade social) advindas da epistemologia Ocidental? Daí a grande contradição entre democracia e constituição, pois não possuem a mesma identidade (América do Sul *versus* importação de fórmulas “neutras”, “universais”, ocidentais). Enquanto a América do Sul ocultar sua identidade, deixar-se dominar e colonizar pelos ideais e interesses do Norte, não será possível a alteridade, a pluralidade de visões de mundo e a interculturalidade.

As constituições da Bolívia e do Equador são uma verdadeira tentativa de responder a essas questões e solucionar o dilema cultural-econômico da modernidade: a herança cultural colonial e o caráter liberal do constitucionalismo. Embora ainda se utilize

de um instrumento de origem Ocidental para emancipação social, a constituição, é possível observar momentos de rupturas com potencial para a quebra jurídico-social-paradigmática. Isso porque o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, no qual se inserem essas constituições, não advém das elites políticas e de dogmas contidos em doutrinas de professores de direito. Ao contrário, são modelos originados das lutas sociais, elaborados desde baixo e com projetos que refletem epistemologias das camadas sociais oprimidas, vulneráveis, marginalizadas, invisibilizadas. Por isso, as epistemologias constitucionais do Sul caracterizam um constitucionalismo subalterno, por ser uma transgressão à ordem político-constitucional ocidental.

Portanto, o constitucionalismo pode ser transformador do *status quo*, desde que os povos se organizem politicamente para que o seja. A constituição por si e entregue aos juízes e às autoridades estatais não possuem tal potencial (teses de Kelsen e Schmitt). É necessário uma mobilização política para que se faça cumprir com a constituição. A mobilização jurídica só será emancipatória se estiver à par da realidade social.

Sendo assim, faz-se necessária a busca por novos alcances do Direito, a fim de nos libertarmos da caverna platônica. Para tanto, é imprescindível estar aberto a uma nova forma de compreender o constitucionalismo, Estado e Direitos, mesmo que no início os olhos estranhem a claridade fora da caverna e que doa os novos movimentos feitos pelos membros do corpo. Ao final, o cérebro estará disposto e acostumado a pensar em novas formas de ser, regidos pela sensibilidade do coração que o interpela buscar e compreender o outro. Torna-se possível alcançar um novo patamar no paradigma do *Buen-vivir*.

Bibliografia

ACOSTA, A. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária. Elefante: 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOLZAN DE MORAIS. A jurisprudência da constituição: a constituição jurisdicional do Estado Democrático de Direito. *In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito* – Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação na América latina**. Tradução Luiz João Gaio. 2. ed. São Paulo: Loyola, UNIMEP, 1977.

ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación de modernidade/colonialidad latino-americano. In: **Tabula rasa**. 2003. p. 51-86. Disponível em: <http://www.ram-wan.net/restrepo/decolonial/1-escobar-tabula-rasa.pdf>. Acesso em: 18.03.2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. de Alexandre Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FLORES, Joaquin H. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução Carlos R. D. Garcia; Antonio H. G. Suxberger; Jefferson A. Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de las máquinas de la constitución**: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2014.

HOFFE, Otfried. **Kategorische Rechtsprinzipien Ein Kontrapunkt der Moderne**. Frankfurt: Suhrkamp, 1990.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Editora S. A., 1959.

_____. **Fondements de la métaphysique des Moeurs**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1992.

_____. **A metafísica dos costumes**. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Volume I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Clacso, set. 2005, p. 227-278 (Colección Sur Sur). Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/libros/lander/pt/Quijano.rtf> Acesso em: 25.03.2018.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Oxford: Oxford University Press, 1980.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCHMITT, Carl. **O conceito de político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 4ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La natureza como persona: pachamama y gaia. *In*: VARGAS, Chivi; MOISES, Idón (Coords.) **Bolivia – nueva constitucion política del Estado**: Conceptos elementales para sudesarrollo normativo, La Paz, 2010.

_____. **La pachamama y el humano**. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.