



FGV DIREITO SP

TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

PESQUISA

acadêmica
LIVRE

*Oscar Vilhena Vieira
Rubens Glezer
(Orgs.)*

LIVRE *para*

pensar

ler

copiar

partilhar

A Coleção Acadêmica Livre publica obras de livre acesso em formato digital. Nossos livros abordam o universo jurídico e temas transversais por meio das mais diversas abordagens. Podem ser copiados, compartilhados, citados e divulgados livremente para fins não comerciais. A coleção é uma iniciativa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) e está aberta a novos parceiros interessados em fornecer acesso livre a seus conteúdos.

Esta obra foi avaliada e aprovada pelos membros de seu Conselho Editorial.

Conselho Editorial

Flavia Portella Püschel (*FGV DIREITO SP*)

Gustavo Ferreira Santos (*UFPE*)

Marcos Severino Nobre (*Unicamp*)

Marcus Faro de Castro (*UnB*)

Violeta Refkalefsky Loureiro (*UFPA*)

 **FGV DIREITO SP**

acadêmica

LIVRE

PESQUISA

TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

Oscar Vilhena Vieira

Rubens Glezer

Orgs.

Bruno Meyerhof Salama

Dimitri Dimoulis

Francisca Pou Gímenez

Leonardo Avritzer

Luciana de Oliveira Ramos

Luz María Sánchez

Maurício García Villegas

Oscar Vilhena Vieira

Paulo André Nassar

Roberto Gargarella

Rodrigo Uprimny

Ronaldo Porto Macedo Junior

Rubens Glazer

Soraya Lunardi

Apoio:



FORDFOUNDATION



50 **CAPES**

MINISTÉRIO DA
EDUCAÇÃO



Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, sites, apresentações, blogues, redes sociais etc., desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

A Coleção Acadêmica Livre adota a licença Creative Commons – Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional, exceto onde estiver expresso de outro modo.

**Editora**

Catarina Helena Cortada Barbieri

Assistente editorial

Bruno Bortoli Brigatto

Preparação de originais

Camilla Bazzoni de Medeiros

Tradução

Camilla Bazzoni de Medeiros

Óscar Curros

Pré-edição de originais e conferência técnica

Daniel Rodrigues Aurélio (Barn Editorial)

Edição de originais

Karina Tambellini

Revisão

Auriana Malaquias

Projeto gráfico da coleção

Ultravioleta Design

Capa e editoração

Barn Editorial

Imagem da capa

kstudija/ Shutterstock.com

Conceito da coleção

José Rodrigo Rodriguez

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP

Transformação constitucional e democracia na América Latina [recurso eletrônico] / Óscar Vilhena Vieira, Rubens Glezer orgs. ; Bruno Meyerhof Salama ... [et al.]. – São Paulo : FGV Direito SP, 2017.
333 p. – (Coleção acadêmica livre)

ISBN: 978-85-64678-32-3

1. Direito constitucional - América Latina. 2. Direito constitucional - História. 3. Democracia. I. Vieira, Oscar Vilhena. II. Glezer, Rubens. III. Salama, Bruno Meyerhof. IV. Fundação Getulio Vargas. V. Título.

CDU 342.4(8=6))

Publicado em março de 2017.

FGV Direito SP**Coordenadoria de Publicações**

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: publicacoes.direitosp@fgv.br

TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

sumário

PREFÁCIO	7
<i>Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer</i>	
NOTA	11
200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	13
<i>Roberto Gargarella</i>	
NOTAS	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87
CONSTITUCIONALISMO, PRESIDENCIALISMO E DISPERSÃO DE PODERES: COMENTÁRIO N. 1 AO TEXTO "200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO"	121
<i>Leonardo Avritzer</i>	
NOTAS	125
COMENTÁRIO N. 2 AO TEXTO "200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO"	127
<i>Maurício García Villegas</i>	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133
TRÊS DÉCADAS DE TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: BALANÇOS E PERSPECTIVAS	135
<i>Rodrigo Uprimny e Luz María Sánchez</i>	
NOTAS	205
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	218
RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSO MAXIMIZADOR, CONSENSUALISMO POLÍTICO E DESENVOLVIMENTO GRADUAL	225
<i>Oscar Vilhena Vieira, Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi, Luciana de Oliveira Ramos, Rubens Glezer e Paulo André Nassar</i>	
NOTAS	295
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	300
COMENTÁRIO N. 1 AO TEXTO "RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSO MAXIMIZADOR, CONSENSUALISMO POLÍTICO E DESENVOLVIMENTO GRADUAL"	305
<i>Ronaldo Porto Macedo Junior</i>	
NOTAS	310
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	311

COMENTÁRIO N. 2 AO TEXTO "RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSO MAXIMIZADOR, CONSENSUALISMO POLÍTICO E DESENVOLVIMENTO GRADUAL"	313
<i>Francisca Pou Gímenez</i>	
NOTAS	324
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	325
COMENTÁRIO N. 3 AO TEXTO "RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSO MAXIMIZADOR, CONSENSUALISMO POLÍTICO E DESENVOLVIMENTO GRADUAL"	327
<i>Bruno Meyerhof Salama</i>	
SOBRE OS AUTORES	332

PREFÁCIO

Este livro é fruto do encontro anual realizado pela Rede Iniciativas Latino-americanas para Direito e Democracia (ILADD). O ILADD surgiu com o objetivo de estabelecer um diálogo mais fluido entre juristas e cientistas políticos preocupados com a democracia e com os direitos humanos no continente. Os encontros são organizados a partir da produção de artigos científicos inéditos, fundamentados em pesquisas realizadas especificamente para o evento. Esses artigos são submetidos a um rigoroso debate entre membros da Rede ILADD e com outros membros da comunidade científica, em evento gratuito e aberto ao público. Os artigos e os comentários agora publicados resultaram de um amplo debate realizado na Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo, em 2012. A questão central discutida no evento foi a relação entre os desenhos institucionais das constituições na América Latina e o desenvolvimento social, político e econômico da região.¹

Diversos fatores contribuíram para o sucesso do encontro, a começar pela produção de textos lastreados em pesquisas mais extensas, a submissão desses textos a um rigoroso escrutínio acadêmico e a disponibilidade dos autores para fazer correções a partir dos comentários de seus colegas. Tudo isso numa esfera de ampla liberdade e generosidade acadêmica, assim como de um profundo compromisso com o desenvolvimento da democracia na região.

Apesar das semelhanças partilhadas pelos diversos países da América Latina, o diálogo entre juristas destes países não é necessariamente intenso, o que prejudica o intercâmbio sólido de conhecimento que diga respeito a questões estruturais e próprias da região. Em muitas circunstâncias, o debate regional é mediado por instâncias acadêmicas do hemisfério norte.

AS PESQUISAS PRODUZIDAS

A cada encontro anual da Rede ILADD, três membros são designados para apresentar artigos científicos inéditos e originais, a partir de pesquisas temáticas indicadas pelo grupo e desenvolvidas pelo menos com um ano de antecedência ao evento. Esses membros realizam um acordo sobre os problemas de pesquisa que enfrentariam, de modo que os artigos científicos produzidos efetivamente dialoguem entre si, ainda que gerem discordâncias. No encontro

de 2012, os professores Roberto Gargarella, Rodrigo Uprimny Yepes e Oscar Vilhena Vieira apresentaram os artigos reunidos nesta obra.

Roberto Gargarella, no artigo intitulado “El constitucionalismo contemporâneo”, apresentou uma investigação a respeito dos 200 anos da experiência constitucional latino-americana, com foco, especialmente, em dissecar as relações políticas, em cada um dos países, que permitiram que, em períodos concomitantes, fossem adotadas constituições semelhantes à dos demais, inclusive em suas fortes contradições e ambiguidades internas. A ideia do artigo decorre de duas convicções correlatas. A primeira é a de que a América Latina possui uma história constitucional rica e grandiosa – mais de 200 anos de constitucionalismo – que não foi objeto de atenção sistêmica acadêmica nem pública, até recentemente. A segunda é a de que as teorias constitucional e política contemporâneas podem aprender muito com a história, dadas as particularidades desta última: o constitucionalismo latino-americano foi exposto a desafios e problemas que não apareceram em outros contextos. Tais particularidades incluem, por exemplo, a emergência de constituições igualitárias em contextos desiguais; discussões relevantes a respeito de transplantes constitucionais e o valor da “importação” de institutos jurídicos estrangeiros; a prática bem estabelecida de exercício de direitos socioeconômicos (que começam a despontar em outras partes do mundo); questões de multiculturalismo e direitos indígenas; experiência relevante com versões “desbalanceadas” do sistema de “freios e contrapesos” (em razão da presença dos assim chamados regimes hiperpresidencialistas); a sucessão de numerosas e frequentes alterações nas constituições. Estes são apenas alguns dentre os diversos temas constitucionais levantados pela longa história do constitucionalismo latino-americano. Muitas das questões levantadas são objeto de intensa discussão por juristas, acadêmicos, políticos e outros agentes públicos relevantes na região. O autor pretende organizar as discussões do artigo em quatro períodos históricos, os quais acredita serem cruciais para a história constitucional da região: (i) os anos iniciais, que incluem as primeiras constituições regionais, elaboradas imediatamente após as declarações de independência (1810-1850); (ii) o período fundacional, durante o qual as principais (e mais estáveis) constituições foram elaboradas (1850-1917); (iii) o período do constitucionalismo social, durante o qual quase todas as constituições latino-americanas foram modificadas para incluir direitos

sociais, econômicos e culturais (antes ausentes) (1917-1950); e (iv) o período mais recente, abarcando a última onda de reformas (1980-2010).

Por sua vez, Rodrigo Uprimny apresentou o artigo intitulado “Repensando las transformaciones y desafíos del constitucionalismo en América Latina”, no qual apresentou os resultados de um amplo estudo empírico a respeito das características comuns que as constituições latino-americanas contemporâneas mantêm entre si; aproveitando, especialmente da expertise de cada um dos membros da Rede ILADD sobre seu próprio país, para aprofundar uma análise capaz de ir além do simples texto de cada constituição. O artigo parte da suposição de que o constitucionalismo latino-americano passou por alterações relevantes nas últimas três décadas. Em face dessas mudanças, o artigo pretendeu responder a duas perguntas, uma de ordem empírica e comparativa e outra de ordem teórica e crítica. A primeira questão é a seguinte: essas mudanças refletem tendências comuns, de modo que seja possível falar em um constitucionalismo latino-americano, ou, ao contrário, há diversidades nacionais ou de grupos de países que exigem que se fale em constitucionalismos latino-americanos? A questão mais teórica e crítica está relacionada a uma análise das possíveis tensões, contradições e complementaridades de duas características comuns a muitos países (para não dizer em geral na América Latina): a tendência de favorecer concomitantemente um constitucionalismo forte (ou “neo-constitucionalismo”) que confere um papel central na transformação democrática à proteção judicial dos direitos constitucionais e, especialmente, dos direitos sociais, enquanto, no entanto, a opção de estabelecer uma democracia “forte” por meio do fortalecimento dos mecanismos de participação e de novas formas de expressão democrática. A pergunta teórica e crítica é a seguinte: em que medida e sob quais condições essas tendências são compatíveis ou incompatíveis com a transformação democrática da América Latina?

Por último, Oscar Vilhena Vieira apresentou o artigo “A grande conciliação: mudança, estabilidade e resiliência na Constituição brasileira de 1988”, no qual apresentou os resultados de estudo teórico e empírico sobre a Constituição brasileira de 1988, para verificar as virtudes jurídicas, políticas e sociais de um modelo de constituição, completamente distinto do modelo dos Estados Unidos da América – frequentemente utilizado como paradigma de constituição ideal –, porém similar à de outros países latino-americanos. O objetivo fundamental do estudo foi identificar como a tensão entre estabilidade (estaticidade) e

governança (dinamicidade) se desenvolveu a partir da Constituição brasileira de 1988 e quais foram os resultados obtidos em uma sociedade plural, heterogênea e desigual na concretização de metas ambiciosas, derivadas do desenvolvimentismo, que desembocam em uma máquina política moldada pela tradição conciliadora patrimonialista. Em outras palavras, o estudo pretendeu identificar os conflitos entre a retórica e os mecanismos constitucionais de reforma. A Constituição de 1988 promove a estabilidade do sistema político brasileiro, o que permite também a convivência harmônica dos três poderes. As mudanças políticas se realizam no pano de fundo da estabilidade normativa da constituição tornando crença comum a necessidade de manter o texto constitucional. Na Constituição de 1988, encontra-se um tipo de compromisso que se pode denominar maximizador. Um texto constitucional amplo, ambicioso quanto às mudanças que pretende provocar na sociedade brasileira, detalhista e, muitas vezes, idiossincrático, que remete ao legislador ordinário e ao Judiciário, de maneira implícita, a tarefa de completar o texto, bem como de solucionar conflitos que ficaram apenas latentes no decorrer do processo constituinte. A Constituição de 1988 estabelece metas que devem ser alcançadas a médio prazo, mesmo que não de maneira plena. Essas previsões permitem que vários setores da sociedade exerçam pressão, juridicamente justificada, para concretizá-los. O estudo mostra a natureza resiliente e compromissória da CF/88 ao analisar: (a) a estabilidade normativa (preservação do núcleo e da estrutura da Constituição, apesar das emendas em temas, via de regra, periféricos); (b) a estabilidade interpretativa graças à postura, via de regra, deferente do Judiciário perante a vontade dos demais poderes, como indica a aceitação de praticamente todas as emendas e a pouca interferência em leis política e economicamente relevantes; e (c) as principais políticas públicas delineadas pela CF/88, verificando o grau de seu cumprimento e seu impacto na situação dos grupos desfavorecidos.

Uma vez realizados os debates, com críticas e sugestões, os autores se comprometeram a desenvolver uma nova versão de cada um dos artigos. Esta versão reformulada foi compilada sob este título, junto a alguns comentários críticos, com o objetivo de favorecer o incremento do conhecimento científico no direito constitucional latino-americano.

**Oscar Vilhena Vieira
e Rubens Glezer**

NOTA

1. Mais informações a respeito da Rede ILADD e conteúdo gratuito sobre o Encontro 2012, inclusive vídeos dos debates, estão disponíveis em: <<http://direitosp.fgv.br/iladd>>. Acesso em: 29 set. 2016.

200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Roberto Gargarella

Este texto procura alcançar um objetivo ambicioso: começar a explorar 200 anos de história constitucional latino-americana (1810-2010). A ideia dessa primeira aproximação é em parte descritiva e em parte normativa. Por um lado, a proposta é a de apresentar a partir de grandes amostras o ocorrido na América Latina em matéria constitucional, em todos esses anos. Por outro lado, pretende-se olhar criticamente o que se produziu em termos de matéria constitucional nesse amplo espaço de tempo e, mais particularmente, nas últimas décadas.

O trabalho será dividido em três partes: na primeira, vamos estudar o “primeiro constitucionalismo regional”, isto é, o constitucionalismo que surgiu logo após a independência. Assim, o faremos por meio do exame dos três modelos principais do constitucionalismo que apareceram na região após 1810 (o liberal, o conservador e o republicano). Igualmente, na primeira parte, atender-nos-emos ao constitucionalismo de “fusão” – entre o projeto liberal e o conservador – que emergiu a partir de meados do século XIX. Na segunda parte, por sua vez, examinaremos o constitucionalismo “social” que se desenvolveu na América Latina em sequência da crise econômica e política desencadeada no início do século XX. Finalmente, na última parte do trabalho, estudaremos o constitucionalismo novo, mais recente, surgido no término do século XX.

1 O PRIMEIRO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O CONSTITUCIONALISMO DE FUSÃO

1.1 Três concepções constitucionais nas origens do constitucionalismo

Faremos, aqui, as distinções entre as três principais concepções sobre o constitucionalismo que apareceram em disputa na América Latina após a independência. Referimo-nos, então, às três seguintes concepções:

- *Uma posição conservadora*, que desde o início da luta independentista assumiu a defesa da visão mais restritiva, em face de ambos os ideais. Tratou-se de uma proposta que propugnou organizar todo o sistema constitucional em torno de uma particular concepção do bem (normalmente uma religião particular) ao mesmo tempo que assumiu a postura mais restritiva e elitista com relação ao papel que devia corresponder à vontade majoritária no controle da vida política da comunidade.
- *Uma posição republicana*, que se distinguiu por seu enfrentamento direto com a concepção anterior, a partir de seu compromisso fundamental com o ideal do autogoverno, e que tendeu a considerar a autonomia individual como um ideal substituível em nome do bem-estar geral ou das exigências próprias de uma política majoritária.
- *Uma posição liberal*, que interviu na ordem de prioridades da concepção anterior para conceber toda a ordem constitucional em torno da ideia do respeito às eleições livres individuais, e que se mostrou, por isso mesmo, disposta a fixar restrições severas diante do majoritarismo político, que era visto como uma ameaça grave perante o ideal da autonomia individual.

Resumidamente, encontramos aqui com três concepções: uma que tendeu a reivindicar o ideal do autogoverno, ainda em sacrifício da autonomia individual (o republicanismo); outra que privilegiou o ideal da autonomia individual, ainda à custa de estabelecer fortes limitações sobre o ideal do autogoverno (o liberalismo); e uma terceira, que, em função de certos valores supraindividuais e extracomunitários, aceitou desafiar ambos os ideais (o conservadorismo).

Em todo caso, e em seguida, faremos referência a diferentes modelos constitucionais, que ordenaremos a partir dessa classificação inicial, em torno desses três modelos constitucionais principais. A favor deste enfoque, poderia se dizer que se enquadra muito bem com os entendimentos habituais que a teoria política possui sobre o significado dos ideais respectivos, ao qual se soma o apoio que essa distinção tripartite encontra dentro da história do constitucionalismo.¹

● 1.1.1 O MODELO REPUBLICANO: PELA “VONTADE GERAL”

O modelo republicano ou radical é o que cresce com, ao passo que alimenta, as lutas independentistas². Trata-se de um modelo do autogoverno, que nasce

no calor dos reclames coletivos depois da Independência e da autodeterminação. É verdade que, conforme o anteriormente dito, tratou-se de um modo de pensar a organização constitucional muito apegado ao momento independentista, tanto que o próprio inclinou-se a ressurgir diante dos novos reagrupamentos que o pensamento conservador ia revelando, contra o qual habitualmente se confrontava. Na América Latina isso ocorreu de modo bastante notável, em meados do século XIX, e acompanhando o “momento vermelho” das “revoluções democráticas de 1848” na Europa. Então, novamente, reapareceu na agenda política internacional a questão da autodeterminação democrática, mesmo que desta vez não contra uma potência dominadora estrangeira, mas em face de uma classe dominante que impedia a expansão dos direitos políticos reclamada pelos setores subalternos. Na América Latina, a onda de expansão do movimento democrático foi sentida, sobretudo, na Colômbia, no Chile e no Peru, ainda que, de um modo ou de outro, esta onda tenha repercutido em toda a região.³ Definitivamente, e conforme veremos, nem no início do século XIX nem nos meados deste século XXI, o radicalismo latino-americano conseguiria traduzir suas propostas por meio de projetos constitucionais sólidos, apoiados por setores amplos da população. No entanto, aqui sustentaremos que sua influência no desenvolvimento constitucional da região foi, de todos os modos, decisiva: tratou-se do “fantasma” contra o qual buscaram resistir (e contra o qual finalmente decidiram se reunir) os modelos constitucionais rivais.⁴

Em todo caso, subseqüentemente, definiremos o radicalismo a partir de duas de suas características centrais: o *majoritarismo político* e o que denominaremos, na falta de um termo mais apropriado, de *populismo moral*.

A primeira dessas características, o majoritarismo político, é a que nos revela a postura republicana em sua faceta mais crítica e oposta ao conservadorismo. Com efeito, o elitismo político que associávamos ao projeto conservador aqui se torna uma postura de recusa, de confrontação direta com a anterior, que se apoia na autoridade superior das maiorias populares. O que aqui se afirma enfaticamente é o que ali se recusa de modo drástico: o direito das maiorias de autogovernar-se, de impor suas próprias regras e decidir por si próprias o modo pelo qual querem conduzir sua vida em comum.

As formas que foi adquirindo o discurso majoritarista foram diversas, mas em todas elas poderemos reconhecer, sem dúvidas, a aposta dos radicais pelas

saídas coletivas, anti-individualistas, antiautoritárias, apoiadas na regra da maioria e intensamente necessitadas da ajuda estatal. Foram eles, os radicais, os que mais e melhor advogaram para romper com o esquema de tomada de decisões excludente, verticalista, concentrados em poucas mãos. Vemos expressadas estas convicções, por exemplo, na *radical crítica à delegação de poder* que apresenta Bilbao, mas também na *forte tendência antipresidencialista*, que caracterizou as propostas dos primeiros radicais em Nueva Granada e no Peru (que reagiam, particularmente, contra o militarismo autoritário que impunha Simón Bolívar). Reconhecemos esses compromissos majoritários, também, na consistente defesa republicana do federalismo político e na desconcentração da autoridade (bandeiras estas características do “antifederalismo” norte-americano; dos “liberais puros” no México, do liberalismo-radical colombiano de meados do século XIX etc.) Desse modo, o majoritarismo radical se manifesta de preferência por uma *separação estrita* dos poderes, orientada a livrar de indevidas interferências na Legislatura e a assegurar, assim, seu predomínio (ver, por exemplo, nas iniciativas constitucionais defendidas pelo radical britânico Thomas Paine, nos Estados Unidos, para uma análise sobre a origem e o funcionamento do sistema de separação estrita; ver também SCHMITT, 2008, seção II). Advertimos este majoritarismo, de modo muito especial, na prematura e notável prédica a favor dos direitos das mulheres e dos trabalhadores realizada pela peruana Flora Tristán;⁵ ou na decisiva campanha impulsionada pelos radicais, depois da *maior inclusividade do sistema político* (assim, por exemplo, na indeclinável defesa que fizeram os políticos como Manuel Murillo Toro, a favor do sufrágio universal, mas, em geral, na decisiva crítica radical à escravatura). E isso se reconhece, também, na audaz e inovadora defesa das *associações* (“a necessidade de nosso século”)⁶ como esquema de organização coletiva, baseado na cooperação entre seus membros (uma defesa das associações que encontra vários exemplos notáveis na região como os que nos provêm dos escritos e discursos de Juan Montalvo, no Equador, ou do religioso Francisco de Paula González Vigil, no Peru). Trata-se de características que acabaram por comprometer os radicais com um intenso *ativismo e intervencionismo estatal* que contrastava de modo óbvio, ao menos discursivamente, da comum defesa do “deixa fazer, deixar passar” propiciado por uma significativa porção da elite da época (foi essa defesa do ativismo que levou muitos radicais a empreenderem duras polêmicas com

seus adversários defensores do livre câmbio, como se pode comprovar, por exemplo, no brilhante debate em que se enfrentaram, na Colômbia, Murillo Toro e Miguel Samper).

Outra característica distintiva do republicanismo político, conforme definido anteriormente, foi o *populismo moral*. A noção do populismo moral nos refere a uma extensão do princípio majoritarista no âmbito da moral e dos direitos. A ideia pode ser mais bem compreendida se a compararmos com o perfeccionismo moral que associaremos com o conservadorismo. O perfeccionismo moral nos fala de uma concepção do bem particular (muitas vezes ligada a uma determinada religião): uma visão compreensiva, definida de antemão, que serve como princípio organizador da vida pública, e máxima interpretativa fundamental, na hora de pensar nos direitos das pessoas. Assim, e para retomar o caso mais comum na América Latina, os indivíduos deveriam sujeitar seus comportamentos às pautas definidas pela religião católica, que era reconhecida, desse modo, como o modelo de vida correto e que deveria ser, portanto, respaldado pela força estatal. No caso do radicalismo, a ideia é parcial, mesmo que não completamente diversa da anterior: trata-se de regulamentar a vida política e social a partir – e em nome – da regra majoritária. “Com respeito aos direitos” – assinala Pérez Guilhou descrevendo a posição dos radicais argentinos no final do século XIX –, seu conteúdo fica definido pelo “que determina a vontade geral” (PÉREZ GUILHOU, 1997, p. 20). Em comunidades majoritariamente religiosas, por exemplo, dito compromisso pode implicar a concessão de um respaldo especial à religião dominante.

Já argumentamos que os republicanos tiveram um papel protagonista na discussão acerca dos direitos políticos, e claramente em defesa de uma visão mais ampla a respeito destes. No momento em que o direito ao sufrágio era objeto de enfoques fortemente restritivos e se privava da cidadania plena a maior parte da população, seja por sua condição econômica-social, seu gênero, sua raça ou seu nível de formação, o trabalho dos republicanos em função de expandir a cidadania revelou-se de primeira importância.

A outra área em que a influência do radicalismo político foi decisiva é aquela relacionada com as bases econômicas da constituição. A esse respeito, são muitas as iniciativas que destacam, incluindo a prematura e notável iniciativa do líder independentista uruguaio, José Gervasio Artigas, quem ditou um *Regulamento Provisório da Província Oriental para o Fomento da*

Campanha, destinado não apenas a assegurar a redistribuição da terra, mas também para fazê-la a partir de um critério progressivo e igualitário, por meio do qual se beneficiavam, em primeiro lugar, os grupos mais desprovidos da sociedade, incluindo os “negros livres”, “índios”, “cafuzos”, “americanos nativos”, “viúvas com filhos” e “crioulos” (PETIT MUÑOZ, 1956; SALA DE TOURÓN; TORRE; RODRÍGUEZ, 1978).

Exemplos como os mencionados nos ajudam a reconhecer a influência – moderada, mas não menor – exercida pelo republicanismo americano no projeto das constituições das novas sociedades independentes. Cumprida essa tarefa, podemos agora concentrar nossa atenção nos outros modelos constitucionais aos quais fizemos referência, isto é, aos modelos conservador e liberal.

1.2 O modelo conservador: a cruz e a espada

O modelo constitucional conservador ficou simbolizado como o da “cruz e espada”, o da religião e da ordem.⁷ Como declarou o publicista argentino Félix Fariás: “A ordem à sombra e ao amparo da Cruz, é todo o meu programa político”.⁸ Trata-se de uma visão do constitucionalismo com maior adaptação na América Latina, uma das duas mais influentes em toda a região, e a que apareceu em respaldo das constituições mais duradouras. Efetivamente, a proposta conservadora veio habitualmente de mão dada com uma promessa efetiva de estabilidade que, em seu tempo – no contexto de repúblicas fragmentadas e sistemas políticos caracterizados por uma gravíssima fragilidade constitucional –, representou uma promessa de extraordinária importância.

Em âmbito institucional, os ideais da “cruz e espada” combinavam dois aspectos centrais do pensamento conservador. Por um lado, a cruz, isto é, a convicção de que as novas sociedades deveriam se reorganizar em torno de um projeto moral compreensivo (habitual, mas não exclusivamente, o da Igreja Católica). Por outro lado, a espada, isto é, a certeza de que era necessário recorrer à força para recuperar ou impor a ordem – uma ordem vinculada com aquele projeto compreensivo e que era objeto de resistências e desafios constantes por parte de cidadãos pouco educados. Muitas das primeiras e principais constituições aprovadas na região responderam bastante claramente a estas premissas: pensemos, por exemplo, nas Constituições do Chile de 1823 e 1833 (uma das mais duradouras na história latino-americana);

as da Colômbia de 1843 e 1886; a do Equador de 1869; a do México de 1843; ou a de Huancayo, Peru, de 1839.

Em termos mais abstratos, e conforme já adiantamos, o modelo conservador implicava o compromisso com duas posições teóricas de ampla influência em toda América: o *elitismo político* e o *perfeccionismo moral*.

O elitismo político pode ser associado a duas ideias fundamentais. Por um lado, um reclamo ontológico, central em boa parte da história do pensamento político conservador, que afirma a existência de certas verdades políticas que devem guiar a vida pública. Por outro lado, um reclamo *epistemológico* acerca de quem está capacitado ou não para conhecer ou ter acesso a tais verdades políticas. Neste caso, o que os conservadores assumem é que a maioria da população não está bem preparada para decidir por si mesma acerca de como organizar os aspectos fundamentais da vida em comum.

Torna-se especialmente importante reconhecer de que forma o citado elitismo político adquiriu tradução constitucional. Ele implicou, fundamentalmente, a concentração da autoridade em um território e sobre uma pessoa, isto é, o *centralismo político* e o *presidencialismo forte*. Essas ideias básicas, que parecem se encaixar tão bem na América Latina, encontram forte referência externa no modelo monárquico inglês e nas Constituições Consulares Napoleônicas de 1799 e 1892, que alcançaram tanta influência na região.⁹ Ao mesmo tempo, tais ideias se opuseram diretamente aos fins que consagraram o federalismo e um sistema de freios e contrapesos, que os liberais da época consideraram apropriados.

Esse modelo político conservador, que combinava um extremo centralismo com um extremo presidencialismo, reconheceu, na América Latina, diversas formas: desde o modelo teocrático defendido pelo presidente García Moreno, no Equador; ao modelo do presidente vitalício, proposto por Bolívar; o autoritarismo isolacionista dos “ditadores supremos” paraguaios, Gaspar Rodríguez de Francia e Francisco Solano López (ROMERO, 1970); ou o modelo de tipo imperial defendido no constitucionalismo brasileiro (CALMÓN, 1959, v. 4; MENDES *et al.*, 2008); ou o esquema do “Supremo Poder Conservador”, criado pela Constituição Mexicana de 1836. Inclusive, o modelo conservador latino-americano chegou a se expressar por meio de propostas monárquicas que, apesar de serem exceções na região, alcançaram uma importância particular (SAFFORD, 1985).¹⁰

Concentremos nossa atenção agora em outra parte central das propostas conservadoras, relacionada a seu perfeccionismo moral. Dizer que o conservadorismo assume uma posição *moralmente perfeccionista* implica sustentar que este reconhece a existência de certas verdades morais a respeito de uma boa vida (por exemplo, formas de vida melhores que outras), ao mesmo tempo que assume que a maioria dos cidadãos tem dificuldades para adequar seu comportamento nos termos exigidos por aquelas pautas. Esta última circunstância – pensavam os conservadores – deixava a maioria das pessoas à mercê de enganos ou confusões e, portanto, sujeita à degradação pessoal, de uma vida no vício ou na corrupção. A partir daí, outra vez, surge a necessidade de guia e correções externos.

Obviamente, estes fortes compromissos morais, normalmente associados à religião católica, encontraram uma breve expressão constitucional.¹¹ Tipicamente, o constitucionalismo da região propiciou cláusulas favoráveis à religião católica, seja declarando esta como a religião oficial (81% das constituições ditadas durante o século XIX), seja proibindo o culto público de outras religiões (54% destas, LOVEMAN, 1993). Em casos extremos, como no do Equador, em 1869, a constituição estabeleceu que a própria cidadania fosse reservada para aqueles que professavam a religião católica. Em outros casos, como no Chile, em 1823, a constituição veio acompanhada de um Código Moral de mais de 600 artigos, por meio dos quais o Estado pretendia regulamentar até os mais elementares aspectos da vida privada. O Código estabelecia regulamentações, portanto, sobre o teor que deveriam ter os vínculos entre pais e filhos, sobre o modo de celebração das festas públicas e privadas, sobre o uso do álcool, sobre o lazer e o entretenimento, sobre os modos da música popular, sobre as danças nacionais, sobre as condutas que deveriam ser exaltadas como virtuosas ou perseguidas e reprimidas como viciosas.

De fato, esta peculiar conjugação – elitismo político, perfeccionismo moral – veio para dar conteúdo às propostas constitucionais do conservadorismo na América desde o seu momento de fundação.

1.3 O modelo liberal: nem tirania nem anarquia

O terceiro projeto importante, dentro do prematuro constitucionalismo americano, foi o proposto pelo liberalismo. Revisar, depois de analisar os dois modelos anteriores – o republicano e o conservador –, facilita enormemente

a tarefa de compreender o constitucionalismo liberal, dado que este cresceu em um permanente diálogo com os dois modelos rivais, dos quais tentou sempre, e com sucesso, diferenciar-se.

Definimos aqui o modelo constitucional liberal a partir de um duplo compromisso: *equilibrar o poder* e assegurar a *neutralidade moral* do Estado. Este duplo compromisso pode ser observado em perfeita sintonia com o assinalado. Isto é, a parte orgânica da constituição deveria servir para impossibilitar os abusos e excessos políticos que pareciam propiciar os modelos rivais; enquanto a parte dogmática desta – a Declaração de Direitos – deveria tornar possível o estabelecimento de barreiras infranqueáveis, capazes de assegurar que os indivíduos pudessem viver sua vida do modo escolhido por eles.

Esse duplo compromisso, que agora estudaremos com mais detalhe, aparecia instituído sobre um valor nuclear, primitivo e definatório do projeto liberal, como é o da proteção da *autonomia individual*. Podemos vincular a ideia de autonomia individual com a capacidade dos indivíduos de escolher e realizar, livremente, seus próprios planos de vida (NINO, 1991). A irrestrita defesa da autonomia individual, propiciada pelos liberais, contrastava radicalmente com o sustentado pelas posturas rivais. Por um lado, e desse modo, os liberais contradiziam o perfeccionismo moral dos conservadores e, em especial, na América Latina, sua vocação por organizar a sociedade em torno dos ditados de uma religião ou concepção moral particular. Por outro lado, e ao mesmo tempo, a defesa liberal da autonomia implicava um desafio direto à disposição republicana de substituir a vontade individual em casos de colisão com o interesse geral da sociedade.

A manifestação institucional mais importante desse compromisso liberal com relação à livre eleição, apareceu na proposta de uma lista de direitos individuais, invioláveis e incondicionais. Como relatou o liberal chileno Juan V. Lastarria (um dos principais críticos da Constituição do Chile de 1833),

ao sancionar todos estes direitos [...] a constituição deve fazê-lo de uma maneira incondicional, como a dos Estados Unidos; porque se adota o método das demais constituições modernas, limitando cada uma daquelas liberdades com as cláusulas de “salvo a repressão dos delitos cometidos pelo uso destas liberdades” ou de “na forma determinada pelas leis ou pelos regulamentos da

polícia ou outras de mesmo sentido, incorrerá no gravíssimo erro de deixar os direitos individuais e sociais ao arbítrio do poder político” (LASTARRIA, 1906, v. 2, p. 271).

Essa defesa de uma lista de direitos incondicionais contrastava com a aproximação dos direitos que parecia caracterizar as posturas rivais. Por um lado, a dita postura era diferente da qual sustentavam os conservadores, que tipicamente, e segundo analisamos, tendiam a interpretar o sentido e o alcance desses direitos em sintonia com as necessidades da religião. E esse enfoque contrastava, além disso, com a ideia republicana que vinha do bem-estar geral como limite diante dos reclamos feitos em nome dos direitos individuais, e não o inverso.

A irrestrita defesa liberal da autonomia individual levou a identificar o liberalismo, apropriadamente, como uma visão individualista, isto é, uma visão que metodologicamente reconhecia a primazia do indivíduo como unidade de análise e ponto principal para pensar e organizar a sociedade. A outra crucial manifestação pública desta postura (estritamente vinculada com a anterior) se reconhece na visão espontaneísta, antioletivista e, sobretudo, no antiestatismo, defendido pelos liberais (JARAMILLO URIBE, 1964). O anteriormente dito implica assinalar que, para os liberais, o Estado deveria abdicar de suas pretensões perfeccionistas e reguladoras para permitir, no entanto, que a organização da sociedade surgisse, espontaneamente, a partir dos acordos e contratos livremente firmados, entre si, por seus integrantes.¹² O ponto é importante visto que nos ajuda a advertir o que, nesta altura, era o pressuposto fundador do liberalismo: eles reconheciam o Estado como principal ameaça à liberdade individual – a grande fonte de abusos a qual se deveria impor limites e conter.

Este olhar concentrado na proteção da liberdade individual transcendia, obviamente, a seção constitucional reservada para os direitos, e encontrava imediata tradução nos modos em como os liberais propunham organizar o poder. Uma excelente porta de entrada para refletir sobre a postura liberal, a esse respeito, nos é proporcionada por uma metáfora permanentemente usada pelos liberais da época. Trata-se da ideia conforme a qual o bom sistema de governo era, exclusivamente, aquele capaz de evitar a dupla ameaça imposta pelo risco da *tiranía* e o risco da *anarquia*. Essa ideia simples, que percorreu,

de um lado a outro, toda a região americana durante décadas, representa um notável resumo do exame liberal sobre a divisão constitucional de poderes.

O *sistema de freios e contrapesos* aparece, originariamente, como um excelente exemplo, uma manifestação primária, do compromisso liberal com a liberdade individual, e de sua certeza de que nenhuma das concepções rivais seria capaz de evitar as piores ameaças que se impunha sobre ela. Com efeito, o sistema de “freios e contrapesos” não significou outra coisa que um decidido esforço por organizar o sistema institucional contra os riscos que as propostas alternativas deixavam abertos. Desse modo, e contra a vocação conservadora por concentrar a autoridade política em uma pessoa (e também de lhe transferir diretamente poderes extraordinários), os liberais proibiram a delegação de poderes extraordinários, prognosticaram a descentralização do poder e limitaram estritamente os poderes normativos do presidente. Ao mesmo tempo que, e contra a disposição republicana de converter a Legislatura em um órgão soberano, todo-poderoso, praticamente ilimitado, os liberais procuraram dividir a Legislatura em duas seções, e a sujeitaram a complexos mecanismos de controle e vetos cruzados. Tratava-se de passar de um sistema de “separação estrita” a um modelo de “freios e contrapesos” entre os diversos ramos do poder.

Na América Latina, o liberalismo deu seus primeiros passos constitucionais na matéria com timidez e temor, seguindo exemplos como o da Constituição de Cádiz, de 1812, que respaldava uma “lenta retirada” do modelo conservador, com menos poderes para a pessoa do Executivo, mais controles e autoridade para o órgão parlamentar e maior espaço para os direitos individuais (BREÑA, 2006). Constituições como as da Argentina, 1826; do Chile, 1828; de Nueva Granada, 1830 ou 1832; do México, 1824; do Peru, 1823 e 1828; e do Uruguai, 1830, representam exemplos, muito moderados, de dita tendência.¹³ Mais adiante, entretanto, o liberalismo regional encontraria expressões constitucionais mais poderosas, mais fortemente comprometidas com os direitos individuais, com a descentralização geográfica do poder e sistemas institucionais de freios e contrapesos. Os exemplos mais interessantes nesse sentido apareceriam nas constituições adotadas na Colômbia, posteriormente a 1850 (1853 e 1863, por exemplo).

Definitivamente, as páginas anteriores nos permitem reconhecer a variedade e a riqueza de ideias que distinguiram o primeiro constitucionalismo latino-americano. Esse auspicioso programa contrasta com leituras simplistas

que podem ver, na potência e nas mudanças frequentes propiciadas pelo constitucionalismo regional, sintomas de sua debilidade ou sua falta de fundamento, ou uma manifestação de sua pura dependência de projetos de poder personalizados.

1.4 A fusão liberal-conservadora

Vamos examinar, a seguir (o que denominaremos), a fusão liberal-conservadora, isto é, o encontro entre duas concepções constitucionais fundamentais que se produziu praticamente em toda a região desde meados do século XIX. A dita “fusão” definiria o caráter de todas as constituições importantes da América Latina, desde então e, em boa medida, até a atualidade. As constituições passariam a ser, com isso, constituições da “mescla” entre ambas as visões.

Se nos concentrarmos no caso da América Latina, durante o século XIX, será importante repassar, país a país, as políticas que separaram os liberais dos conservadores antes de meados do século, e as políticas que os uniram a partir daquele momento e por longos anos. A primeira metade do século, de fato, vivenciou o enfrentamento de liberais e conservadores, seja asperamente, no foro público, seja, em muitos casos, em guerras desapiedadas: vemos, então, o domínio da República Conservadora no Chile, a partir de 1833, com a prática da exclusão dos liberais, das posições políticas relevantes; a guerra de caudilhos ocorrida na Argentina, entre unitários e federais; a Guerra Federal na Venezuela; os sangrentos enfrentamentos, na Colômbia, entre liberais e conservadores, que culmina com a Convenção de Rio Negro, que diretamente fecha suas portas para a participação dos conservadores; a luta dos “liberais puros” no México, diante das forças do conservadorismo santanista. Entretanto, poucos anos depois, observamos a formação da “fusão” liberal-conservadora no Chile (1857-1873); reconhecemos, na Colômbia, a reação representada pela Constituição de 1886, em cuja redação participam liberais e conservadores, em exclusão dos radicais que dominavam a política em épocas anteriores. E começamos a advertir essa convergência, também, no México, na Argentina, no Equador e na Venezuela.

Na América Latina, a convergência liberal-conservadora, registrada entre meados e fim do século XIX, se produziu de modo distinto, mas quase sem exceções. Em países como a Colômbia e o Peru, ela foi incitada por um conflito

social crescente, que se ditava contribuinte dos movimentos revolucionários europeus. Na Argentina, ela veio estimulada pela necessidade de deixar para trás um período extenso de ditadura e arbitrariedade que, indevidamente, e em razão de certos atributos plebiscitários que o caracterizaram, alguns a assumiram como expressão dos movimentos pró-democráticos europeus. No Chile, no entanto, a união de liberais e conservadores foi favorecida pelo progressivo autoritarismo do regime dominante, mas também por um pano de fundo de crescente conflito social.

O fato é que, desde meados do século, a região começaria a produzir novas constituições que, em muitos casos, seriam redigidas por representantes do liberalismo e do conservadorismo – aqueles velhos inimigos – sentados agora em volta da mesma mesa. Adiante, vamos analisar com mais diligência alguns desses processos de fusão e, em particular, as suas principais expressões constitucionais.

1.5 Fusão e constituição

As constituições aprovadas como resultado deste paulatino solapamento – às vezes formal, às vezes implícito – entre ideais liberais e conservadores foram, em geral, produtos bem sucedidos, se é que as avaliamos em termos de sua estabilidade e as comparamos com as constituições que as precederam. A maioria delas transcendeu o século XX e se manteve mais ou menos inalterada por certo tempo, permitindo, assim, o enraizamento das novas instituições de fusão nas traduções jurídicas da região.

Como representações desse movimento institucional, podemos mencionar a Constituição argentina de 1853 (elaborada conjuntamente por liberais e conservadores); a Constituição mexicana de 1857 (cuja redação ficou principalmente nas mãos de liberais moderados, liberais “puros” e conservadores); e a Constituição peruana de 1860 (que sintetizou os diversos modelos do constitucionalismo, até então em disputa no país).¹⁴ A Constituição do Uruguai de 1830, que também manteve sua vigência até o final do século XX, combinou uma estrutura liberal, que incluía uma lista de direitos individuais, e um sistema clássico de divisão de poderes, com um presidencialismo forte e sufrágio censitário, muito restringido. No Chile, podemos observar uma constituição de caráter claramente conservador – a Constituição de 1833 –, que começa a perder muitas de suas características centrais, desde os anos 1850, para

terminar liberalizando-se mais aceleradamente nas últimas décadas do século e nos deixar na presença de um documento de indubitável aparência liberal-conservadora. Na Colômbia, presenciamos um processo, de certo modo, inverso ao do Chile: enquanto neste último temos a liberalização progressiva de uma constituição conservadora, na Colômbia, deparamo-nos, até o fim do século, com a permanência de um movimento que havia se distinguido em seu liberalismo.¹⁵ No Paraguai, aparece a Constituição de 1870, que se revela claramente inspirada na Constituição liberal-conservadora argentina, de 1853, mas que reforça algumas das características mais conservadoras daquela, em particular, as relacionadas à organização territorial, que aqui passa a ser abertamente unitária (MENDONÇA; MENDONÇA, 2009).

Poderíamos citar as seguintes particularidades fundamentais dessas novas constituições, produto da fusão:

- *Consagram a tolerância de cultos, sem afirmar necessariamente a neutralidade estatal*: a maioria dessas constituições nasceu deixando para trás a pressão conservadora por afirmar um culto único ou oficial. As fórmulas que encontraram para evitar o estabelecimento de uma religião particular foram diversas: a Constituição argentina, por exemplo, incluiu o art. 2, no qual dizia, ambigualmente, que a Nação “sustentava” o culto católico, em conjunto com o art. 14, por meio do qual se consagrava a tolerância de cultos. No México, em 1857 (como no Equador, em 1906), o acordo liberal-conservador nesta matéria traduziu-se no contundente silêncio da Constituição sobre o ponto discutido. No Chile, o caráter fortemente religioso da Constituição foi moderando-se ao longo do século, até que, em 1865, uma lei interpretativa abriu espaço a uma relativa liberdade de cultos.
- *Definem um sistema de freios e contrapesos, desequilibrado a favor do presidente*: a maioria dessas constituições achou necessária a definição de um sistema de divisão de poderes tradicional, traduzido prontamente em um sistema de “freios e contrapesos” ao estilo adotado nos Estados Unidos. No entanto, a pressão exercida pelos conservadores, em sua negociação com o liberalismo, traduziu-se, comumente, na introdução de drásticas mudanças sobre esse esquema liberal inicial – mudanças que acabavam afetando seu conteúdo e consistência. Tipicamente, então, as novas constituições

incluíram a figura “desequilibrante” de um presidente com poderes relativamente expandidos, com relação aos quais se reservavam aos demais poderes, e, sobretudo, com relação ao modelo (norte-americano) que lhe havia servido de inspiração inicial. Juan Bautista Alberdi propôs, nesse sentido, afastar-se do modelo norte-americano, neste ponto, para emular o exemplo do Chile, um país que – em suas palavras – “fez ver que entre a falta absoluta de governo e o governo ditatorial há um governo regular possível, e é o de um presidente constitucional que pode assumir os poderes de um rei no instante que a anarquia lhe desobedece como presidente republicano” (ALBERTI, 1981, p. 181).¹⁶

- *Estabelecem uma organização centro-federal*: produto, em muitos casos, de longos anos de violentas disputas entre facções centralistas e federalistas, as novas constituições resistiram para consagrar formas de organização territorial análogas a uma só de ambas as facções. Em geral, então, ampararam em seus textos fórmulas (em princípio) aceitáveis para as apetências dos federalistas, mesmo que na realidade elas tendessem a ser contraditadas por práticas mais centralistas, alimentadas e reforçadas decididamente pelo tipo de presidencialismo que comentamos no parágrafo anterior.
- *Resistem que a constituição inclua sejam fortes compromissos sociais a favor dos grupos mais postergados na Constituição, sejam compromissos políticos favoráveis a uma maior intervenção cidadã na esfera pública*: as novas Constituições “de fusão” se destacaram não apenas por algumas das características que incorporaram em seus textos, mas, além disso, e de modo talvez mais notável, por todos aqueles institutos que recusaram e deixaram completamente fora de sua organização. Em particular, convém ressaltar que o acordo, formal ou implícito, entre liberais e conservadores, foi também de exclusão com relação ao terceiro modelo de constitucionalismo em disputa naquele momento, ou seja, o modelo radical ou republicano. Os radicais se caracterizavam, em todos aqueles anos de fundação, por sua criatividade institucional, que se manifestava nas múltiplas ferramentas constitucionais que tinham sugerido para as novas sociedades: desde as instruções obrigatórias à revogação de mandatos; desde a votação obrigatória nos cargos para as eleições anuais. Do mesmo modo, os radicais foram os primeiros a mostrar a

necessidade de comprometer as constituições com reformas destinadas a melhorar a situação social da maioria da população. Entretanto, o “triunfo” do acordo liberal-conservador, na verdade, acabou por significar a derrota do projeto radical, e o enxugamento da Constituição de todas aquelas cláusulas referentes à maior participação cidadã, ou aos deveres sociais do Estado.

2 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

2.1 O novo constitucionalismo social do início do século XX: México, 1917

Mesmo que as reformas constitucionais que ocorreram na região tenham sido muitas e de conteúdo variado, poderíamos dizer que os principais movimentos reformistas foram fundamentalmente dois: o primeiro, em meados do século, e o segundo já nas últimas décadas desse mesmo século. Analisaremos agora especialmente o primeiro movimento reformista, que surgiu junto à crise social dos anos 30. Ele pode ser considerado a resposta político-jurídica diante de um novo pico de radicalização social – uma forma de evitar o que vinha ocorrendo na Europa a partir da expansão da ideologia e demandas próprias do socialismo. Essas reformas constitucionais ocorreram, gradualmente, logo após a sanção da Constituição do México (ditada depois da Revolução) em 1917, e da Constituição da República de Weimar em 1919. Aquela era a época, além disso, da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1919) e do paulatino crescimento do chamado Estado de Bem-estar e da visão econômica keynesiana.¹⁷

As constituições latino-americanas que primeiro incorporaram esse tipo de reclamos sociais – junto à do México, em 1917 – foram as do Brasil em 1937; Bolívia em 1938; Cuba em 1940; Equador em 1945; Argentina em 1949; e Costa Rica, também em 1949, entre outras. Em tais textos, ficaram consagrados, ocasionalmente, os direitos do trabalhador e sobre as condições trabalhistas; proteções em matéria de previdência social; cláusulas que aludiam aos compromissos estatais em matéria de moradia, saúde e educação; referências à proteção da família, ao direito de descanso e às férias remuneradas; disposições sobre os direitos das crianças e dos idosos; cláusulas sobre os direitos das organizações sindicais, o direito de greve e os convênios coletivos

de trabalho; proteções contra a demissão arbitrária; menções sobre o seguro desemprego etc.

A Constituição aprovada no México em 1917 destacaria, antes de tudo, a sua radical e pioneira abertura para a questão social. Isso, no marco de uma constituição que seguiu, em parte, o projeto apresentado por Carranza, sobretudo com relação à manutenção da organização política dentro dos marcos tradicionais do hiperpresidencialismo regional. Ao mesmo tempo, o novo projeto de constituição tinha muita semelhança com o velho modelo “de corte liberal e individualista da Constituição de 1857” (CARPIZO, 1982, p. 58). O resultado foi – como começaria a ser habitual na América Latina, desde então – uma constituição de duas velocidades ou “de mescla”, que combinou modelos constitucionais de inspiração diversa e, em boa medida, contraditórios em si.

O regresso da questão social na Constituição mexicana não foi estranho diante do contexto de enormes desigualdades existentes, o marco efervescente da Revolução e a presença política ativa dos setores mais desprovidos na luta contra o Porfiriato. Entretanto, na dinâmica mais assinalada dos debates constituintes, a chegada do “social” tornou-se algo surpreendente: ela irrompeu mais de uma vez em face de uma dinâmica política que não parecia preparada para afrontar tais demandas. Por exemplo, na Convenção de Aguascalientes – cujo grande antecedente seria então a Convenção de Querétaro –, escutou-se o reclamo dos marginalizados na voz de Paulino Martínez, reivindicando “terra, liberdade e justiça”. Tais reclamos se justificavam, segundo Martínez, porque “não é apenas disparando projéteis nos campos de batalha que são barradas as tiranias” (SAYEG HELÚ, 1974, v. 3, p. 204).

Foi no marco dessas reiteradas exigências de justiça social que a Convenção Constituinte finalmente convocada decidiu delegar a uma comissão de representantes – liderada pelo deputado Rouaix – a discussão em torno dos aspectos mais “sociais” do documento. Os convencionais eram conscientes do extraordinário passo que estavam dando. Como argumentou o deputado Cravioto, “a Revolução Mexicana terá o orgulho legítimo de mostrar ao mundo que foi a primeira a consignar em uma Constituição os sagrados direitos dos trabalhadores” (NORIEGA, 1988, p. 104).

O resultado seria notável e já é conhecido por todos. Fundamentalmente, apareceria, então, o amplo art. 27 que nacionalizaria as riquezas do subsolo e daria conteúdo à reforma agrária; e outro extensíssimo art. 123, que

estabeleceria a proteção dos trabalhadores e reconheceria a entidade dos sindicatos. Tais artigos, segundo Rouaix, “foram resultado do radicalismo revolucionário [...] que estava em todas as consciências depois das sangrentas lutas que haviam transformado a sociedade mexicana” (ROUAIX, 1959, p. 238). A estes pode ser agregado o art. 5, que também aborda a questão do trabalho pessoal e dos limites dos contratos de trabalho.

O art. 27 atreveu-se a sustentar, desse modo, que:

A Nação terá a qualquer tempo o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público, bem como o de regulamentar, em benefício social, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação, com objeto de fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública, conquistar o desenvolvimento equilibrado do país e o melhoramento das condições de vida da população rural e urbana.

Entretanto, no art. 123 se afirmou, por exemplo, que “toda pessoa tem direito ao trabalho digno e socialmente útil” para o qual o Estado promoverá “a criação de empregos e a organização social para o trabalho”. Por conseguinte, o artigo ingressa em uma regulação das relações trabalhistas que chega a um detalhe extraordinário, até cobrir muitos dos temas que conformariam a agenda do direito do trabalho que estava por vir. Desse modo, a Constituição estabelece a duração máxima da jornada de trabalho; as condições do trabalho noturno; a proibição do trabalho para menores; dos dias de descanso obrigatórios; a regulamentação do trabalho para as gestantes; considerações sobre os salários-mínimos; a igualdade que deve reger nas relações trabalhistas; a participação dos trabalhadores nos rendimentos das empresas; as horas extras; as condições de salubridade e higiene obrigatórias; a obrigação da formação para o trabalho do trabalhador; a regulamentação dos acidentes de trabalho; o direito de greve; o direito de organização sindical e patronal; a demissão sem justa causa; os limites dos contratos de trabalho abusivos; a previdência social; as férias; as condições para a suspensão ou demissão de um trabalhador de seu posto de trabalho etc.

Com o mencionado pela constituição, que acompanhou a Revolução, o México culminou a primeira etapa de um processo de reação contra Porfiriato – seu

próprio modelo de “ordem e progresso” que havia trazido desenvolvimento econômico, junto ao aumento da desigualdade e maior dependência do exterior.

Anos depois da Revolução Mexicana, e como consequência direta, mas não intencionada, dos regimes de força desenvolvidos no início do século, a América Latina conheceu um novo tipo de constitucionalismo híbrido. Este surgiu em forte diálogo com o grande acontecimento constitucional – México, 1917 – e o grande registro político da época – os períodos de extremo autoritarismo e/ou violência política, que comandaram nesses anos a maioria dos países da região. Como resultado das ditas aspirações e temores, os latino-americanos experimentaram uma rica gama de modelos constitucionais que combinaram o estigma social que transmitia o exemplo do México e, de modo notável – ainda que incomum em sua história –, com formas de presidencialismo atenuado que apareciam como reação e via de escape perante o drama do poder absolutista que acabavam de padecer.

As variáveis do presidencialismo atenuado experimentados até então puderam incluir formas de censura legislativa sobre os Ministros do governo (Guatemala, 1945, *i.e.*, arts. 146 e segs.); um Primeiro Ministro e um Conselho do Governo que poderiam perder a confiança do legislativo, e assim ver-se na obrigação de renunciar (Cuba, 1940, *i.e.*, arts. 164 e segs.); formas de interpelação e censura legislativa aos Ministros do Governo (Costa Rica, 1949, *i.e.*, art. 121, item 27); e, ainda, formas de censura parlamentar combinadas com a capacidade do Executivo de dissolver as Câmaras (Uruguai, 1942, *i.e.*, arts. 136 e segs.).

2.2 O constitucionalismo social no Brasil e na Argentina

Nesta seção, examinaremos duas experiências de importância fundamental na região, de saída à extrema crise do início do século, seguidas de modo notável no Brasil e na Argentina. Ambas as respostas mostram características comuns em sua aposta – típica de um momento de guerras mundiais e substituições de importações – pelo Estado regulamentador e industrialista; em seu antiesquerdismo, em seu nacionalismo; no apoio que buscam dos trabalhadores industriais; em sua orientação personalista; em seu afã de apoiar-se nas massas trabalhadoras mobilizadas; em sua pretensão de sentar juntos, na mesma mesa de negociação, os “grandes interesses” da Nação, incluindo de modo protagonista o empresariado nacional, os sindicatos e o próprio Estado.

● 2.2.1 BRASIL

O que faremos primeiramente será explorar o legado dos governos de Getúlio Vargas no Brasil. Podemos dizer que esse legado, a priori, foi bastante proveitoso.. Em particular, da época de seu governo, ficaram fundamentalmente duas constituições. A primeira, a Constituição de 1934, foi a mais inovadora, visto que implicou uma ruptura significativa com relação ao que era a tradição político-constitucional brasileira (BERCOVICI, 2009). A segunda, ditada em 1937, acompanhou a chegada do denominado *Estado Novo* e contribuiu, antes de qualquer coisa, com o fortalecimento do Poder Executivo em exercício – obviamente, o próprio Vargas.¹⁸

A Constituição de 1934 se destaca por duas particularidades centrais: por um lado, seu caráter fortemente corporativo (LOPES, 2008); e, por outro, por considerar seriamente a chamada *questão social* (SILVA, 2011). O texto final manteria muitas das características básicas da Constituição anterior – o caráter federalista (recusando as características excessivamente centralistas do projeto Itamaraty) e também representativo, republicano, presidencialista da Constituição. Ao mesmo tempo, ela introduziria novidades importantes. Entre elas, a nova Constituição fortaleceu os poderes da União; concedeu mais poderes ao Executivo; substituiu o mais tradicional bicameralismo por outro em que o Senado era órgão colaborador da Câmara dos Deputados (deixando de lado, também, o unicameralismo proposto pela Comissão do Itamaraty); criou a Justiça Eleitoral; organizou formas de representação corporativa (assim, o art. 23 estabeleceu que a Câmara dos Deputados representasse o povo tanto como as organizações profissionais, vinculados com a indústria, o comércio e o transporte, as profissões liberais e os funcionários públicos); e expandiu de modo significativo a lista de direitos. Aqui, destacam-se, por um lado, a ampliação e a garantia dos direitos políticos (por exemplo, com o estabelecimento do voto secreto e a admissão do voto feminino) e, por outro lado, e sobretudo, a inclusão de duas seções antes inexistentes: uma referente à ordem econômica e social (Título IV) e outra (Título V, Capítulo I) referente à família, à educação e à cultura (SILVA, 2010; REINER, 1982; MENDES *et al.*, 2008; WOLKMER, 1989). Os arts. 120, 121 e 122 seriam essenciais para a “nova política social”, estabelecendo, entre tantas outras medidas, a proibição da diferença de salários pelo mesmo trabalho; o salário-mínimo; o limite de oito horas diárias; a proibição do trabalho para

menores; o repouso hebdomadário; as férias remuneradas; a indenização por demissão arbitrária; a assistência médica e sanitária do trabalhador etc. Além disso, e pela primeira vez na história constitucional do país, a Constituição incluiria referências aos grupos indígenas do país.

Seria o próprio presidente Vargas, no entanto, quem poria fim à imperfeita vigência desta Constituição, que não duraria, portanto, mais de três anos. Vargas justificaria sua decisão em um discurso transmitido a todo o país em 10 de novembro de 1937, dizendo que ela “evidenciava falhas lamentáveis em particular em função da influência que recebia do “liberalismo e do sistema representativo”. Para Vargas, a Constituição demonstrava incapacidade para fazer frente às novas realidades exigidas pela “crise mundial”. Sua preocupação era muito clara: o fracasso da Constituição de 1934 tinha relação, sobretudo, com o modo como “enfraquecia e amenizava o poder político” (MENDES *et al.*, 2008, p. 168). O dado é muito importante e nos refere à conexão que seria então dada entre o reforço do constitucionalismo social e o reforço do presidencialismo.

Se a Constituição de 1934 havia surgido com o ascenso político de Luís Prestes (a quem foi impedida a assunção do poder), a Guerra Civil de 1932 e os levantamentos trabalhistas próprios da época, a Constituição de 1937 apareceria, em boa medida, como reação direta à insurreição comunista de novembro de 1935, liderada por Luís Carlos Prestes, que, em conjunto com um descontentamento generalizado em relação às limitações da liberdade próprias do governo de Vargas, propôs levar adiante a revolução que não havia ocorrido em 1930. O governo Vargas rapidamente oprimiria o movimento de Prestes e o seu triunfo se refletiria no novo texto constitucional.

A Constituição de 1937 ou “Carta Polaca”, assumia o perfil das “constituições autoritárias da Polônia de 1935 e do Estado Novo português de 1933”. Ela se destaca por seu autoritarismo, o modo como fortalece os poderes do Presidente e seu caráter “centralizador e antifederal” (LOPES, 2008, p. 362). Em todo caso, ela mantém a maioria das cláusulas sociais da anterior, salvo o direito de greve, que fora considerado, então, pela própria Constituição (art. 139) como “antissocial” (ver BERCOVICI, 2008).

A Constituição incluiria, pela primeira vez, a pena de morte como uma resposta a mais contra o crime; estabeleceria mecanismos de censura e limites aos direitos de expressão e reunião. Ao mesmo tempo, ela dotaria o Executivo de poderes extraordinários, incluindo a capacidade para ditar o estado de

emergência ou de guerra, por sua vontade própria, sem consultar o legislativo (art. 166). Preocupada em aumentar o papel legislativo do Presidente, ela considerou o Executivo parte do Poder Legislativo junto ao Conselho de Economia Nacional e ao Parlamento, e lhe concedeu o poder de intervenção nos estados. Seria uma das Constituições mais autoritárias da história do país.

● 2.2.2 ARGENTINA

Poucos anos mais tarde, e durante o governo de Perón, a Argentina seguiria o exemplo do Brasil e também trasladaria o novo paradigma político prevalente ao âmbito constitucional – nesse caso, com mais detalhes e elaboração. O General Juan Domingo Perón havia atuado como Secretário de Trabalho durante o governo do General Farrell, que havia chegado ao poder em 1943 por meio do golpe de Estado. Durante o dito período, Perón reformou seus contatos com o sindicalismo e ajudou a sancionar numerosas leis favoráveis para os trabalhadores e o movimento trabalhador em geral. Nesse sentido, Perón conseguiria amplo apoio social do qual se beneficiaria em breve, em 1946, quando se tornou Presidente democrático, depois de um processo eleitoral honesto. O primeiro governo de Perón fortaleceria as reformas sociais que iniciara na Secretaria de Trabalho no governo anterior. Estas seriam respaldadas também por uma conjuntura econômica favorável, em um contexto de Guerra Mundial, durante a qual a Argentina produziu sua política de substituição de importações. Nesse âmbito de profundas mudanças econômicas, políticas e sociais foi que Perón impulsionou uma significativa reforma constitucional.

Arturo Sampay, ideólogo jurídico do peronismo e responsável decisivo da constituição social ditada por este movimento em 1949, descrevia a velha Constituição de 1853 como uma Constituição liberal, e injuriava o *laissez-faire* no qual estava inspirada, a pedido de Juan Bautista Alberdi, o autor intelectual dela. Dizia Sampay que deviam ser considerados “devaneios, historicamente, pela própria gravitação de seus absurdos, os erros modernos da autonomia e naturalismo da ciência econômica – que, como vimos, estão subjacentes na Constituição Argentina” (SAMPAY, 1944, p. 81).

De modo semelhante, no discurso que faz o Presidente Perón propiciando a Constituição de 1949, em 11 de março daquele ano, o primeiro representante deixou claro que “já não (era) possível manter a estruturação do Estado em

uma rotação entre conservadores e liberais”, nem limitar a tarefa do Estado “à mera missão do Estado-*gendarme*” (PERÓN, 2008, p. 18). Tratava-se de deixar para trás a “Constituição violada, as leis descumpridas ou feitas à medida dos interesses contrários da Pátria; os cidadãos ludibriados em seus mais elementares direitos cívicos; os trabalhadores à mercê das arbitrariedades daqueles que agiam com a impunidade que lhes asseguravam os governos complacentes”. Era necessário passar “da democracia liberal” a “democracia social”, assegurando três questões centrais: “uma Nação socialmente justa, economicamente livre e politicamente soberana” (PERÓN, 2008, p. 13, 19). Para isso, o Presidente propunha, de maneira especial, “assegurar os direitos do trabalhador, incorporando-os na lei e nos costumes argentinos, para que as classes economicamente fracas fossem protegidas contra o egoísmo, a prepotência e a exploração das economicamente fortes.” (SAMPAY, 1975, p. 478).

A nova Constituição, de inspiração aristotélico-tomista, mostrar-se-ia claramente influenciada pela *Doutrina Social da Igreja*, e pelo valor da “justiça social” (em uma interpretação que encontrava apoio, em todo caso, nos ensinamentos da Igreja). A partir dessa filosofia, Sampay criticava a filosofia dominante na velha Constituição e propunha uma nova jurisprudência, que reconhecesse que “o cristianismo é a lei do país”. A presença dessa filosofia ajuda a explicar as cláusulas sociais do novo ordenamento constitucional, que incluíam, em particular, uma leitura diferente do direito de propriedade e sua “função social” e uma notável lista de, antes inexistentes, “direitos sociais” (com a considerável omissão do direito de greve). Ao mesmo tempo, a Constituição de 1949 incluiu também numerosas cláusulas que expressam seu nacionalismo econômico. De modo particular, surgiu, nesse momento, um artigo como o 40, que ficaria como símbolo do impacto na economia desta nova cosmovisão de perfil nacionalista.

A Constituição se destacaria também pela influência da moral cristã, um fato que acolhe as particularidades claramente perfeccionistas do novo texto, e que encontram um lugar particular na “família” cristã, a qual se propunha como unidade fundamental e pedra basal da nova sociedade. Por isso, agregava o texto que a reforma constitucional tendia “principalmente a resguardar e vigorar a família, núcleo social elementar e primário”. A sociedade não era vista, portanto, como “uma agrupação de indivíduos, mas sim de famílias”, e por isso iria buscar “a consolidação dos princípios espirituais e morais que constituem a essência da convivência social”.

Finalmente, a Constituição argentina, como a do Brasil, inclui uma cosmovisão política organizada em torno de uma liderança personalista, que retomava os princípios do caudilhismo conservador, dominantes durante o século XIX: autoridade concentrada em uma pessoa; centralização geográfica do poder; verticalismo político; nacionalismo; apelação às massas, que se mantinham privadas do poder de decisão política efetivo. Notavelmente, no citado “texto” da maioria na Convenção, dedica-se um parágrafo especial para justificar a necessidade de concentrar o poder no Executivo unipessoal. Ali se assinala que “a experiência histórica demonstra até que ponto a debilidade executiva e a pluralização do parlamento facilitaram as ditaduras totalitárias, por reação contra a incapacidade para atuar em uma complexa circunstância que exigia a intervenção do Estado no âmbito econômico, social e cultural” (SAMPAY, 1975, p. 489-90).

Definitivamente, exemplos como os do Brasil e da Argentina passaram para a história do constitucionalismo, pela combinação que expressaram entre o inovador e o enfático compromisso social e um regime político cada vez mais centralizado.

3 O CONSTITUCIONALISMO NO FINAL DO SÉCULO XX

3.1 Ditadura, direitos humanos e hiperpresidencialismo: Brasil 1988 e Chile 1980

O constitucionalismo no final do século XX foi muito impactado pelos dois fatos históricos mais significativos na época: a crise política e de direitos humanos derivada do avanço de ditaduras e governos autoritários em torno dos anos 1970 e a crise econômica relacionada com a aplicação dos programas de ajuste estrutural característico dos anos 1990.¹⁹ Em seguida, referir-nos-emos a cada um deles com mais detalhes.

Acima de tudo, cabe assinalar que a influência das ditaduras no desenvolvimento do constitucionalismo do final do século XX se mostrou, conforme dissemos, muito importante. Dito impacto foi direto em certas ocasiões e em outras, mais indireto. Casos como o do Chile e do Brasil ilustram de modo notável o que significou essa influência direta do constitucionalismo militar sobre a vida política da região.

O Chile, como sabemos, viveu sob a ditadura militar desde 1973, ano em que foi derrocado o presidente socialista, democraticamente eleito, Salvador Allende.

Uma vez chegado ao poder, o regime militar, liderado pelo general Augusto Pinochet, propôs realizar uma radical reorganização jurídica do país, o que incluía o pronunciamento de uma nova constituição, destinada a substituir a vigente do ano de 1925. Com tal motivo, Pinochet designou, rapidamente, uma Comissão (a Comissão Ortúzar) encarregada a projetar as bases da nova constituição. Esta, entretanto, terminou de ser redigida vários anos depois, e em 1980 foi submetida à aprovação popular por meio de um plebiscito celebrado em condições tão restritivas que lhe tiraram a legitimidade (por exemplo, em razão das travas impostas à oposição para fazer campanha contra a Constituição).

O fato é que a Constituição militar de 1980 impôs um pesado legado sobre a vida democrática chilena, retomada a partir das eleições de 1989. Desde o final da ditadura, e durante mais de duas décadas, a comunidade democrática teve de se esforçar para acabar com as numerosas travas que lhe haviam sido impostas – os chamados *enclaves autoritarios* ou antidemocráticos. Tais travas incluíam a instituição de Senadores vitalícios (o que permitiu ao general Pinochet passar a fazer parte do Senado, uma vez abandonado seu cargo); Senadores “designados” (o que permitiu que membros das Forças Armadas e os *carabineros* passassem a integrar também o Senado democrático); um (cada vez menos influente) Conselho de Segurança Nacional; o rol tutelar da democracia atribuído às Forças Armadas; um sistema eleitoral fortemente excludente (destinado a dificultar ao máximo a seleção de representantes de agrupações políticas minoritárias); o papel meramente subsidiário que foi reservado ao Estado; ou a exigência de maiorias qualificadas para reforçar aspectos cruciais da vida institucional, referentes aos temas mais diversos: desde a educação à organização do Congresso ou das Forças Armadas. Tratava-se de limitações claramente inspiradas em uma declarada atitude de desconfiança democrática (SIERRA, 2012). O poder democrático foi despreendendo-se de tais limitações muito lentamente, por meio de sucessivas reformas constitucionais – a mais importante, a realizada durante o governo de Ricardo Lagos. Entre tantas modificações, destacam-se as dirigidas a: modificar o procedimento de reforma e limitar o peso dos estados de exceção (1989); mudar aspectos da organização geográfica interna (1991); reduzir o período presidencial de 8 para 6 anos (1994); introduzir mudanças nos modos de seleção de juizes (1997); mudar o funcionamento do poder judiciário e os modos da eleição presidencial para o segundo turno (1999); modificar

o mecanismo de reforma constitucional (2000); acabar com a censura cinematográfica (2001); fixar o dever do Estado de assegurar a educação gratuita (2003); acabar com os senadores designados e vitalícios; reduzir o mandato presidencial para apenas 4 anos; permitir que o Presidente removesse os comandantes-chefes das Forças Armadas e o diretor dos *carabineros*; modificar o Conselho de Segurança Nacional (2005); introduzir modificações no sistema eleitoral (2009).

O caso do constitucionalismo brasileiro da pós-ditadura, ou seja, o caso de uma constituição que se vê na necessidade de sair para afrontar, diretamente, uma constituição autoritária anterior, reproduz, de certo modo, o exemplo chileno. No Brasil, de fato, a Constituição de 1988 pode ser lida como uma reação diante do constitucionalismo promovido pelos militares. Em tal sentido, convém recordar que a Ditadura de 1964 – como no Chile, porém diferentemente do que ocorreu em muitos outros países – decidiu reorganizar a vida do país com a ajuda de uma nova constituição. Com efeito, foi durante o governo militar do general Humberto Castelo Branco que se ditou a nova Constituição. Aprovada em 1967 (e modificada logo, radicalmente, por uma duríssima emenda, datada em 1969), a Constituição contribuiu para restringir de modo extremo o poder dos estados federativos e limitar, também de modo mais estrito, as liberdades políticas e civis da população.²⁰

Por isso, pouco depois de recuperada a democracia, os brasileiros elaboraram uma nova constituição, que tentou recuperar os graves retrocessos consagrados constitucionalmente pela ditadura. Assim, a Constituição democrática de 1988, aparentou repassar e corrigir, um a um, os problemas de sua antecessora. Em tal sentido, ela proscreeu a tortura e as medidas tomadas contra o estado democrático; restabeleceu o voto direto e secreto; reordenou os critérios para o funcionamento dos partidos políticos; fixou penas severas contra as restrições às liberdades civis; dispôs medidas antidiscriminatórias; incluiu mecanismos destinados a estimular a participação política (tais como plebiscito e referendo); restabeleceu o compromisso federalista e expandiu a autonomia municipal; incorporou medidas de proteção das terras indígenas; e consagrou uma larga e muito detalhada lista de direitos e garantias sociais (incluindo os direitos de educação, saúde, trabalho, descanso, segurança, previdência social, maternidade, e criando, por exemplo, o significativo Sistema Único de Saúde) e sindicais.

Notavelmente, no entanto, se deve apontar que a Constituição de 1988 – talvez afetada pelo trauma da Constituição de 1946 (que havia criado, na opinião de muitos, um Presidente muito fraco) – manteve um sistema presidencialista poderoso, respeitando as competências adicionais que a ditadura havia transferido ao Executivo por meio da Constituição de 1964.²¹ Isto é, a nova Constituição democrática se diferenciou significativamente da anterior, por meio de mudanças profundas relacionadas, sobretudo, com a organização dos direitos, ao mesmo tempo que manteve o presidencialismo reforçado que a ditadura organizara (LIMONGI, 2008).

Em todo caso, pode-se dizer que a Constituição de 1988 surgiu, para muitos, como o “marco zero” de uma “nova história” (BARROSO; BARCELLOS, 2005, p. 273). Tratava-se, como argumentou o jurista Oscar Vilhena Vieira, de uma constituição que se destacava, sobretudo, por estabelecer “um catálogo de direitos fundamentais sem precedentes” na história do país, considerando, particularmente, não apenas “o passado imediato”, caracterizado pela “arbitrariedade e violência do Estado”, mas também a “história mais remota” marcada pela “desigualdade e a hierarquização (VIEIRA, 2006, p. 11; PEIXINHO *et al.*, 2006).

Os exemplos citados nos ajudam a reconhecer o pior lado da influência do poder militar sobre o novo constitucionalismo. Em todo caso, corresponde dizer que, todavia, mais vasta se tornou a influência indireta dos governos autoritários sobre os desenvolvimentos constitucionais posteriores. Isso cabe, a partir da necessidade reconhecida pelo novo constitucionalismo democrático de *reagir ante as causas* que haviam possibilitado tanto as experiências autoritárias, como os reiterados golpes de Estado produzidos ao longo do século.

Foram muitos os juristas (não apenas latino-americanos) que se perguntaram, dessa forma, qual responsabilidade teria o constitucionalismo e o que poderia este fazer com relação ao drama da *instabilidade política*. A dita instabilidade aparecia diretamente vinculada com a repetida chegada de regimes militares que, por sua vez, haviam implicado (uma e outra vez, e cada vez mais gravemente) violações massivas dos direitos humanos. O constitucionalismo tinha relação com a produção de golpes de Estado e/ou com a chegada de novos regimes autoritários? O constitucionalismo poderia fazer algo para evitar a chegada de novos governos autoritários? A resposta para tais perguntas

foi afirmativa. Ao menos por um tempo, a academia jurídica e política formou um extenso consenso em torno da questão. Defendeu que, de fato, o constitucionalismo tinha alguma relação com a instabilidade e que, portanto, poderia fazer algo para remediá-la. O presidencialismo – ou mais precisamente o hiperpresidencialismo –, foi considerado o fator fundamental e mais importante que ajudava a explicar, a partir do constitucionalismo, os níveis de instabilidade política que haviam sido registrados durante todo o século na região (NINO, 1987; LINZ; STEPAN, 1978; LINZ; VALENZUELA, 1994).

As reflexões constitucionais da época, desse modo, começaram a colocar em seu centro de discussão o sistema político hiperpresidencialista. Conforme veremos, tais discussões não terminariam por implicar modificações constitucionais concordes. Por diversos motivos, alguns dos quais analisaremos em seguida, as novas constituições do fim do século XX se mostrariam resistentes ao embate teórico contra o presidencialismo.

As novas constituições, não obstante, apareceriam muito mais permeáveis e receptivas ante outra grande iniciativa reformista da época: a outorga de um *status* supralegal a diferentes compromissos internacionais assumidos pelos países em questão, em matéria de direitos humanos – um fato que acompanhou uma crescente litigiosidade destinada a reparar as graves violações aos direitos humanos cometidas pelos governos militares (SIKKINK, 2012; ACUÑA; SMULOVITZ, 1996). Vários países da região encararam, de modo distinto, reformas desse tipo: da Argentina à Bolívia, da Costa Rica a El Salvador, Brasil, Chile e Colômbia. Mais uma vez, tratava-se de uma resposta jurídica relevante que pretendia sair da interferência do passado trágico, e impossibilitar ou dificultar – a partir do constitucionalismo e para o futuro – a repetição dos dramas ocorridos. Nesse caso, entretanto (e diferentemente do que ocorrera com o consenso antipresidencialista), se tratava de um tipo de resposta legal que não afetava diretamente a organização de poderes vigente. A resposta se dirigia, nessa conjuntura, à seção dos direitos constitucionais, e se pretendia agnóstica com relação aos modos da organização dos ramos do governo.

Em todo caso, o renascer jurídico dos acordos dos direitos humanos surgia intimamente vinculado ao legado da recente e cruel violência, ao qual se pretendia (ajudar a) colocar freios. O fato de que tantos países retomaram e reforçaram, quase simultaneamente, seus compromissos em matéria de

direitos humanos, apareceu, então, em oposição a outro fenômeno prévio, também generalizado: a grave e massiva violação dos direitos humanos que havia sido produzido em toda a região.²² Tal decisão se tornava plausível a partir da extensão e do tipo de violência que havia ocorrido, porém, ainda assim, não deixava de ser surpreendente. Isso, sobretudo, considerando a história dos grupos que durante tanto tempo haviam depreciado como irrelevante ou superficial a questão dos direitos e que agora tomavam a dita bandeira como própria e prioritária.

3.2 Programas “neoliberais”, crise social e autoridade presidencial

Ao falarmos sobre programas “neoliberais”, referimo-nos aqui aos extremos programas de ajuste estrutural aplicados na América Latina desde os anos 1980. Tratava-se da continuidade que se dera na região das políticas monetaristas, anti-estatistas, de drástica redução do gasto público e, sobretudo, de eliminação dos programas de proteção social, que começaram a ser aplicados na Europa (em um movimento liderado pela Grã-Bretanha, sob a direção da Primeira Ministra Margaret Thatcher), e nos Estados Unidos, durante a presidência de Ronald Reagan (ETCHEMENDY, 2011; CAVAROZZI; ABALMEDINA, 2002; SVAMPA, 2005).

O impacto dessas políticas de ajuste estrutural sobre o constitucionalismo foi enorme: por um lado, a chegada de tais programas, diretamente, acompanhou ou impulsionou mudanças no âmbito constitucional dirigidas a fim de facilitar a aplicação das reformas do caso; por outro lado, a crise social gerada pela aplicação daqueles programas também produziu consequências constitucionais fundamentais. Aqui, nos concentramos fundamentalmente em duas de tais consequências. Argumentaremos, por um lado, que as situações da crise social geradas pelas reformas levaram muitos a reclamar novamente o restabelecimento de uma autoridade presidencial “forte”; por outro lado, veremos de que modo tais crises marcaram o nascimento de um constitucionalismo de caráter popular e social ambicioso como poucas vezes observado.

Com relação ao impacto constitucional mais direto dos programas de ajuste, podemos citar mudanças significativas impulsionadas sobre os textos vigentes, destinados a facilitar a aplicação das novas fórmulas econômicas. O constitucionalista Gerardo Pisarello, por exemplo, cita os casos das 35 emendas

impulsionadas por Fernando Henrique Cardoso, sobre a Constituição do Brasil de 1988, destinadas a facilitar o processo privatizador; a reforma do art. 58 da Constituição da Colômbia de 1991 – promovida pelo governo conservador de Andrés Pastrana – destinada a dar mais garantias de “caráter intocável” aos investimentos estrangeiros; a modificação do art. 27 da Constituição do México, com o intuito de “acabar com a distribuição agrária”; a reforma constitucional peruana de 1993 (impulsionada pelo presidente Fujimori, logo depois de um autogolpe), que eliminou muitos dos compromissos sociais assumidos pela Constituição de 1979; ou as garantias ao “valor da moeda” asseguradas pela Constituição da Argentina de 1994, elaborada durante a presidência de Carlos Menem (PISARELLO, 2011). Em sentido similar, podem ser mencionadas as vastas iniciativas para reforma judicial que circularam na região, durante aqueles anos, promovidas pelo Banco Mundial ou outros órgãos financeiros multilaterais: buscou-se, desse modo, assegurar que o Poder Judiciário ajudasse a promover um marco estável nas transações econômicas características da época (DOMINGO; SIEDER, 2001).

Imediatamente, esta primeira etapa, que acompanhou a aplicação estendida desses programas de ajuste, foi seguida por outra prolongada e profunda crise social. Como resultado das graves consequências derivadas dos programas monetaristas, a habitualmente mobilizada cidadania latino-americana começou a fazer levantes mais uma vez.

Característicos desse período de protestos foram os levantes e os movimentos contrainstitucionais que começaram a ocorrer na região. Uma das primeiras e mais notáveis expressões de tais queixas foi a insurreição do chamado Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN), liderado pelo Subcomandante Marcos, que ocorreu em 1º de janeiro de 1994 (ano da entrada em vigência do Tratado de Livre Comércio da América do Norte), no estado de Chiapas, no sul do México. O EZLN exigia, em seus reclamos, e retomando as velhas bandeiras do movimento zapatista mexicano, democracia, liberdade, terra, pão e justiça para os postergados grupos indígenas do país. Desta época destacam, igualmente, as mobilizações populares que ocorreram na Argentina no final dos anos 1990 e início do novo século; as graves “guerra da água” (2000) e “guerra do gás” (2003) na Bolívia, dirigidas contra a privatização de setores básicos da economia local; as crescentes ocupações de terra no Brasil pelo Movimento Sem-Terra (MST); as “ocupações” praticadas pelas populações

pobres em Santiago do Chile; as “invasões” produzidas em Lima pelos desabrigados buscando moradias; ou os levantamentos indígenas nas zonas mineiras no Peru (SVAMPA, 2008; SVAMPA *et al.*, 2010). O que se torna relevante, para o propósito desta análise, é que tais crises foram resolvidas de modo socialmente bastante custosos, mas sem cair – como havia sido a regra nas décadas anteriores – em processos de quebra institucional.

Paradoxalmente, a conclusão que muitos deduziram, de crises semelhantes, foi dupla (e, poderíamos agregar, duplamente preocupante), não apenas declarou-se que: i) os sistemas políticos haviam aprendido a lidar com tais eventos de modo “exitoso” (sem golpes de Estado), mas considerou-se ii) que os processos em questão assinalavam a necessidade de – outra vez – recuperar ou reforçar a autoridade presidencial, em face da ameaçadora situação de “vazio de autoridade” ou “caos político”, que afetava tantos países na região. Definitivamente, a mesma crise institucional que poderia ter reafirmado o ceticismo existente em torno das bondades do hiperpresidencialismo, acabou por se colocar a serviço do dito sistema, reforçando-o, o que representa uma leitura muito questionável do ocorrido.²³

Efetivamente, as crises desatadas na região desde o final dos anos 1990 não implicaram golpes de Estado, mesmo que terminassem, em muitos casos, com gravíssimas quebras institucionais que ocorreram junto às crises políticas, combinadas em muitos casos com amplos processos de rebelião popular. Entre outros resultados, ditos protestos e crises forçaram a renúncia (habitual, mas não unicamente, por meio de mecanismo de julgamento político) do presidente Collor, no Brasil, em 1992; Carlos Andrés Pérez, na Venezuela, em 1993 (ambos destituídos após processos de corrupção); Abdala Bucaram no Equador, em 1997 (depois de uma insólita declaração de incapacidade mental); Raúl Cubas, no Paraguai, em 1999 (renunciou após um processo de julgamento político que foi iniciado após liberar um militar acusado de conspiração);²⁴ Alberto Fujimori, no Peru (que decide fugir do país em 2000, depois de iniciar um julgamento político contra ele); Lucio Gutiérrez, no Equador (que termina sendo derrocado em 2005); Fernando de la Rúa e seus sucessores imediatos, na Argentina (forçados a renunciar, em 2001, após uma agitada série de protestos populares); González Sánchez de Losada e Carlos Mesa, na Bolívia, em 2003 e 2005, respectivamente (ambos levados a renunciar também depois de fortes protestos populares).²⁵

3.3 Da crise “neoliberal” à reforma constitucional de caráter social

Situações de radical crise política, econômica e social, como as descritas, abriram espaço para que, em alguns casos, se pensasse no recurso a processos constituintes mais ambiciosos em matéria social e menos tradicionais que os habituais. Ou seja, tais crises extremas tiveram como consequência não apenas um, talvez inesperado, reforço dos poderes presidenciais, mas também um marcado e especial ânimo na promoção de mudanças constitucionais de tipo social, normalmente por meio de processos de reforma também mais inclusivos.

Diferentemente, casos como os da Colômbia, Bolívia, Equador, Venezuela e México, que foram precedidos por crises estruturais especialmente profundas, foram os que depois surpreenderam pela novidade e radicalidade de suas propostas constitucionais. No exemplo da Colômbia (que foi o primeiro), tratou-se de uma crise que surgiu com a tomada do palácio de Justiça, pelas forças do M-19, mas que refletia anos de uma cisão do Estado colombiano, ausente em muitos casos; cooptado por grupos de interesse; estimulado pelo narcotráfico e incapaz de dominar a força dos grupos guerrilheiros. De modo similar, na Bolívia, as rebeliões populares obrigaram o presidente Sánchez de Losada a propor uma Constituição – a de 1994 – mais inclusiva e consciente que as anteriores, em matéria de direitos indígenas e multiculturais; e anos mais tarde, levantes como os acima descritos, levaram o presidente Carlos Mesa a convocar uma Assembleia Constituinte, que culminaria com a chegada ao poder de Evo Morales. Esse processo de levantes sucessivos colocou fim ao que havia sido a forma de organização habitual do país, durante boa parte de sua história: um modelo de democracia acordada que marginalizava uma porção majoritária e majoritariamente indígena da população. No Equador, segundo um qualificado comentarista, “o empenho em manter as políticas de ajuste financeiro e econômico provocou uma sustentada resistência indígena e de movimentos urbanos que foi cobrado por três governos: o de Abdalá Bucaram (1952-), em 1997, o de Jamil Mahuad (1949-), em 2000, e o de Lucio Gutiérrez (1957-), em 2005”, e “favoreceu a vitória eleitoral de Rafael Correa (1963-), pelo Movimento PAIS, em 2006” (PISARELLO, 2011, p. 192). Na Venezuela, enquanto isso, o processo constituinte que foi realizado sob o impulso do militar Hugo Chávez também se originou em uma sucessão de levantamentos populares. Nesse caso, eles começaram com o levante social

que seguiu à aplicação dos programas de ajuste e a repressiva reação imediata promovida pelo governo, que culminou no “Caracazo”. Aqui também, como nos casos anteriores, um fato particular – a repressão governamental – metaforizou a queda da velha ordem criada com o excludente “Pacto de Punto Fijo” (MARTÍNEZ DALMAU, 2009; PISARELLO, 2011; SVAMPA *et al.*, 2010; VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011). Todos esses processos de mudança concluíram-se, de modo especial, com constituições que, reafirmando a autoridade das novas presidências, tornaram-se muito generosas em matéria de direitos.²⁶

3.4 Presidencialismo e direitos no novo constitucionalismo

A análise realizada nas páginas anteriores nos ajuda a reconhecer que, nas últimas décadas, o constitucionalismo latino-americano foi submetido a intensas mudanças. Aqui vamos nos concentrar em duas das notas mais salientes desse novo constitucionalismo: sua ênfase nos poderes presidenciais e sua preocupação em assegurar declarações de direitos (ainda mais) enérgicos.

A centralidade das duas particularidades citadas pode ser encontrada em muitos trabalhos teóricos recentes, de reflexão acerca das novas reformas. Por exemplo, segundo o pesquisador argentino Gabriel Negretto (2009, 2011a), entre 1978 e 2008, foram pronunciadas 15 constituições (a Bolívia ratificou a sua em 2009).²⁷ Em dito período, dez países modificaram as regras da reeleição presidencial, que no total foram modificadas 16 vezes (em nove ocasiões para flexibilizar as cláusulas da reeleição, em sete para restringi-las).²⁸ Em 12 países da região, agrega o pesquisador, foram fortalecidos os poderes presidenciais e apenas em seis foram restringidos (NEGRETTO, 2011a).²⁹ Definitivamente, o autor sugere que houve medidas tendentes a reforçar os poderes de controle do Congresso e do Poder Judiciário, junto a outras destinadas a “concentrar o poder nas mãos do presidente” (NEGRETTO, 2011b).

Em outro estudo comparativo sobre as reformas recentes, Rodrigo Uprimny destaca várias particularidades comuns nestas. Admite que as novas constituições “tendem a superar certas características confessionais”; “amparam especialmente grupos tradicionalmente discriminados”; se abrem “ao direito internacional dos direitos humanos”; reconhecem “a multiculturalidade” etc. Depois disso, estuda, em particular, o que tenderam a praticar em matéria de

organização do poder.³⁰ A este respeito, assinala que as constituições da região “conservaram para o presidente poderes enormes em face do modelo presidencial clássico”, ainda que “tenham se esforçado para limitar o poder presidencial”, uma vez que, de modo generalizado, tenderam a “aprovar a possibilidade da reeleição imediata do presidente” (UPRIMNY, 2011, p. 10).

Gerardo Pisarello, por sua parte, distingue – dentro da última onda de reformas constitucionais – entre aquelas que se deram em um momento de “refluxo conservador”, no início dos anos 1990 (incluindo, por acaso, as reformas promovidas por Alberto Fujimori no Peru e Carlos Menem na Argentina, mas não na Colômbia, em 1991); e as que seguiram aquelas e que acompanharam o fim das políticas de “ajuste estrutural” (incluindo, fundamentalmente, as reformas da Bolívia, Equador e Venezuela). Em sua opinião, as primeiras reformas tenderam a fortalecer a figura presidencial e a abrir a “constituição econômica a políticas privatizadoras ou monetaristas”; mas ao mesmo tempo em que incorporaram “padrões de proteção de direitos acunhados pelo direito internacional” que, com o tempo, foram ganhando vida. As segundas, entretanto, associa diretamente a uma “tradução constitucional democrática radical” (PISARELLO, 2010, p. 193). Para ele, estas últimas reformas foram mais afins à promoção de “uma maior participação popular”; ao “atendimento de grupos em situação de exclusão”; e chegaram a questionar as políticas anteriores “neoliberais”, por meio da promoção de um Estado mais ativo em matéria econômica (PISARELLO, 2010).

Há várias questões que merecem ser destacadas nesses estudos, mas há uma que faz sentido enfatizar ante todas as demais e que se refere ao modo com que essas últimas reformas insistiram com um arquétipo de poder político concentrado, que passou a se tornar um elemento distintivo e definidor do constitucionalismo regional. Esta primeira conclusão, além disso, é consistente com os dados que reporta o importante trabalho comparativo *Comparative Constitutions Project* e uma série de autores que trabalharam na análise comparativa de constituições (CHEIBUB *et al.*, 2011; ELKINS *et al.*, 2010; e comentários a respeito em HARTLYN, 2011). Nesses estudos, afirma-se que o desenvolvimento mais evidenciado que o constitucionalismo regional mostrou se relacionar com o “incremento de cláusulas que concebem os poderes legislativos na área Executiva” (CHEIBUB *et al.*, 2011, p. 1.718), uma evolução notável em torno da qual todas as constituições da região tenderam a convergir.

De modo ainda mais enfático, ditos estudos concluem afirmando a existência de um “modelo de poder presidencial propriamente latino-americano, que inclui um poderoso papel do presidente na área legislativa e ao mesmo tempo amplos poderes de emergência” (CHEIBUB *et al.*, 2011, p. 1.730).

3.5 Mais presidencialismo e mais direitos: Equador e Venezuela

A descrição apresentada nas páginas anteriores nos refere a constituições de duas velocidades, com propósito aparentemente contraditórios: por um lado, uma constituição ansiosa por assegurar a imposição da ordem verticalmente; por outro lado, uma constituição preocupada com que cada passo dado seja conforme as garantias e que os direitos sejam cuidadosa e plenamente respeitados. Por um lado, uma constituição que propicia a democratização da sociedade por meio de direitos horizontais, mais expandidos; e, por outro, uma constituição que bloqueia esses impulsos democratizadores, mantendo uma organização do poder verticalista e concentrada em poucos.³¹ Podemos nos perguntar, dessa forma, por que é que os constituintes latino-americanos optaram por constituições desse tipo, quando tais iniciativas – *concentrar o poder, por meio das instituições políticas; diluir o poder, por meio da distribuição de mais direitos* – parecem orientadas em direções contrárias? Não se atentaram aos potenciais conflitos que assim gerariam?

São numerosos os exemplos que podemos encontrar na região para ilustrar as dificuldades que surgem a partir de Constituições que, por um lado, buscam maximizar os direitos e propõem mecanismos generosos de participação popular, enquanto mantêm, ao mesmo tempo, organizações políticas fortemente centralizadas e verticalizadas. Em seguida, e conforme o anunciado, examinaremos, em primeiro lugar, uma das tensões mais notáveis registradas na região, no âmbito assinalado: as que apareceram entre os chamados à participação popular, praticados por algumas das novas constituições, e o presidencialismo que, ao mesmo tempo, elas mantiveram e reforçaram. Daremos enfoque, brevemente, a exemplos provenientes dos casos do Equador e da Venezuela, onde ditas tensões se manifestaram de modo particularmente agudo. Convém insistir nisso: a ideia, é claro, não é demonstrar o ponto que aqui sustentaremos (sobre as tensões entre presidencialismo e direitos), o qual requer uma análise empírica muito mais detalhada da qual podemos fazer

aqui, mas simplesmente a de ilustrá-lo com alguns exemplos que possam nos ajudar nesta análise preliminar. Depois dessa apresentação, e de modo mais específico, daremos atenção aos conflitos gerados pelas constituições que, ao mesmo tempo que mantinham indenes os hiperpoderes presidenciais, fortaleciam seus compromissos com os direitos dos grupos indígenas.

Podemos começar, então, pelo caso do Equador, que por diversas razões se torna um particular interesse. Ainda que sua última reforma começasse a ser gerenciada em um momento dominado pela onda antipresidencialista, a constituição não dirigiu seus principais esforços a limitar ou conter os poderes presidenciais – melhor, o contrário.³² Com relação aos poderes presidenciais, foi dito com razão em alguma das obras mais importantes escritas para analisar a nova constituição, que o texto de 2008 não apenas “não reduz o excessivo poder presidencial consagrado na Carta de 1998, como o aumenta e, correlativamente, diminui poderes da legislatura” (sobretudo na designação de funcionários) (MARTÍNEZ, 2009, p. 45).³³ De fato, o Presidente, atualmente, concentra funções especiais em matéria judicial (conceder indultos por delitos comuns), ao passo que instituições autônomas, como o Banco Central, perderam poderes para definir as políticas cambiárias, creditícias e monetárias. O Presidente ganhou, além disso, poderes legislativos, que já não derivam da delegação do legislador e que antes pertenciam a ambos os poderes. Atualmente, de fato, o Presidente emite regulamentos de execução, delegados e autônomos (art. 147); tem iniciativa de lei e de emenda e reforma constitucional (arts. 134 e 442); pode qualificar urgentes os projetos de lei em matéria econômica e, ante a omissão legislativa, consagrar o projeto como decreto-lei (art. 140). Todavia, pode objetar as normas aprovadas pela Assembleia Nacional, seja por razões de oportunidade ou por vícios de inconstitucionalidade (arts. 138, 139 e 438).

Para alguns, esses poderes adicionais concedidos ao Presidente podem ser considerados compensados por uma série de controles e instituições alternativas. Por um lado, está a capacidade de a Assembleia Legislativa declinar o Executivo, convocando eleições antecipadas para ambos os poderes, a Assembleia e o Executivo (poder este próprio da *muerte cruzada* e que é paralelo ao que tem o Executivo para fazer o mesmo, com a mesma consequência, arts. 130 e 148). Por outro lado, encontramos-nos com uma quantidade de novas ferramentas e mecanismos participativos. De modo também

notável, a Constituição equatoriana pretende desafiar a tradicional organização “tripartida” de poderes, incluindo uma “quarta” função do Estado, que é a da “Transparência e Controle Social”. Por meio dessa instância, coordenam-se todos os órgãos de controle e se promovem formas diversas da participação popular (que incluem o poder popular de revogar um mandato ou as instruções obrigatórias – a mesma Constituição se assume como fixando pautas irrenunciáveis, que autorizam a revogação dos mandatos daqueles que não cumprem sua vontade).³⁴

Em todo caso, o fato é que o devir da prática constitucional mostrou os limites de algumas das expectativas criadas pelo texto da Constituição. Isso não apenas porque o regime hiperpresidencial reforçado acabou por bloquear a efetivação de muitas das iniciativas participativas incorporadas na Constituição (tema sobre o qual concentraremos a nossa atenção adiante), mas também pelo modo com que a própria dinâmica hiperpresidencial – vigente desde antes da sanção da Constituição – acabou aumentando, como era previsível, os próprios poderes presidenciais. Igualmente, por exemplo, por meio da destituição de deputados opositores; ou a destituição de todos os magistrados do Tribunal Constitucional por parte de congressistas afins ao governo (TORRES, 2009).

A prática imediata que acompanhou a aprovação da Constituição reafirmou muitas das suspeitas que ela poderia gerar. Desse modo, o próprio Presidente da República, que colocou limites à participação popular, desencorajando a organização social que a constituição estimulava e diretamente vetando as iniciativas legislativas destinadas a pôr em andamento os institutos criados nos debates de Montecristi.³⁵ A declaração de figuras importantes da Constituinte como Alberto Acosta, que fora Presidente e principal ideólogo da nova Constituição, simplesmente reafirmam o já conhecido: a prática presidencial que se desenvolveu após a promulgação da Constituição não ajudou a fortalecer e a colocar em prática suas cláusulas participativas, mas sim a contestá-las.³⁶

Em vista do anteriormente exposto, a “quarta” função estatal – a de transparência e controle social – foi submetida a críticas categóricas, por conter ou diretamente diluir, mais que assegurar e promover, a participação social, que fica oprimida em uma série de mecanismos estatais burocráticos. Foi dito, em tal sentido, que “a pretendida participação, o suposto poder popular, não foram pensados para serem exercidos pela sociedade, mas para serem

assumidos como uma função do Estado, a sociedade não controla a atividade pública, senão que é substituída pela institucionalidade do Estado” (AGUILAR ANDRADE, 2009, p. 97).

No *post-scriptum* que incluiu em seu livro sobre a Constituição de 2008, o jurista equatoriano Ramiro Ávila aponta que os problemas apresentados pela consulta popular dirigida a fim de modificar a Constituição são, todavia, mais sérios que os sugeridos, considerando seus resultados. Menciona, nesse sentido, as restrições “à liberdade de manifestação, à presunção de inocência ao (direito de) ser julgado em um prazo razoável, a contar com juízes independentes e imparciais, ao amparo efetivo dos direitos” – de fato, afirma, tratou-se de uma reforma que consumou “várias restrições aos direitos reconhecidos em Montecristi” (ÁVILA SANTAMARÍA, 2011, p. 305).³⁷

O professor Julio Echeverría chega a uma conclusão similar, absolutamente consistente com o ponto que aqui defendemos. Para ele, a nova Constituição equatoriana deve ser analisada com uma visão “avançada com relação à perspectiva dos direitos expressada em sua parte dogmática, mas atrasada em sua parte orgânica” (ECHEVERRÍA, 2008, p. 33).

O caso da Venezuela também nos oferece um exemplo importante no sentido assinalado. Outra vez nos encontramos com um texto amplo em termos de participação popular. A Constituição abre um amplo campo à participação na seção dos direitos políticos, reservando quatro artigos (do art. 71 ao 74) a regulamentar o “referendo popular”. Pois bem, a maior abertura à intervenção cidadã aparece em contraste a um significativo aumento nos poderes presidenciais. Com efeito, a nova Constituição de 1999 não apenas estende o mandato presidencial de 5 a 6 anos, mas também permite sua reeleição imediata. Além do mais, esta Constituição levanta alguns dos controles parlamentares que fixará a Constituição de 1961 sobre o Presidente (por exemplo, com relação às designações militares), colocando em crise o sistema de “presidencialismo misto” que caracterizara a Venezuela durante significativa parte do século XX. Igualmente, a nova Constituição expande os poderes legislativos do Executivo, aumentando sua margem de ação por meio de decretos-lei. Enquanto, conforme a Constituição de 1961, o presidente apenas podia ditar decretos-lei em matéria econômica ou financeira, a nova Constituição permite que o Congresso habilite a intervenção do Executivo, também, em qualquer outro campo. A nova Constituição, além disso, facilita em algo as condições para a remoção

parlamentária dos Ministros do Executivo – uma tradição que o constitucionalismo venezuelano traz consigo desde 1864 e estabelece novas modalidades nos vínculos entre o Executivo e o Legislativo. Em particular, a nova Constituição autoriza o Presidente a dissolver a Assembleia Legislativa depois de três remoções do Vice-presidente da Nação no mesmo período de governo, promovidas pelo Congresso. De modo mais severo, elas estabelecem modalidades de estados de exceção (arts. 337-339) que vão desde o “estado de alerta”, perante situações de catástrofe, ao “estado de emergência econômica”, ou o “estado de comoção interna”, que permitem ao Executivo restringir as garantias constitucionais. Como no caso do Equador, a prática constitucional que se desenvolve, desde então, tornou-se reveladora dos limites reais que apresentava o processo reformista. Isso, não apenas no âmbito que aqui mais nos interessa e sobre o qual centraremos nossa atenção – o relacionado aos direitos de participação popular –, mas também, como era de se esperar, no âmbito da organização do poder. Nesse caso, como no do Equador, o hiperpresidencialismo reforçado tendeu a trabalhar, como já se esperava, em função de um hiperpresidencialismo ainda mais reforçado. Este foi o caso e, por um lado, por meio da introdução da Emenda n. 1, de fevereiro de 2009, pela qual foram modificados cinco artigos da Constituição de 1999 (arts. 160, 162, 174, 192 e 230) com o intuito de tornar possível a reeleição imediata de qualquer cargo de eleição popular de maneira contínua ou indefinida, proposta pela Assembleia Nacional e aprovada em Referendo popular. Por outro lado, a dita concentração de poder também se reforçou por meio de um paulatino – e nada surpreendente – processo de enxugamento dos órgãos de controle, que foi traduzindo-se em crescente alinhamento destes com as políticas presidenciais. Desse modo, em um devir que ficaria resumido nos insistentes chamados do Presidente do Tribunal Superior de Justiça destinados a deixar de lado uma noção moderna de “freios e contrapesos” para passar a um novo modelo de organização constitucional, sob a forma da “unidade de poder” em torno do Presidente da República.

3.6 Poder político concentrado e direitos indígenas expandidos

Outra ilustração desse importante duplo processo de fortalecimento do presidencialismo e dos direitos – e, sobretudo, das tensões que são geradas entre ambas as iniciativas – surge quando nos atentamos às mudanças produzidas

na região com relação ao indígena. Tensões como as citadas emergem, tipicamente, em relação ao reconhecimento dos direitos de propriedade indígena, visto que estes passaram a entrar em conflito com a exploração de recursos naturais realizada nos territórios onde os indígenas estavam assentados, e/ou as garantias que lhes foram oferecidas para que participassem nas decisões nacionais que foram tomadas sobre a utilização de tais recursos. Evidentemente, tratava-se de medidas expansivas em matéria de direitos indígenas, que eram capazes, todas elas, de questionar a organização do poder dominante.

Reconhecimentos normativos como os assinalados foram, ocasionalmente, resultado da pressão e mobilização dos povos indígenas. Em muitos outros casos, entretanto, foi esse mesmo amparo normativo que se constituiu como antecedente crucial, para a aparição de demandas indígenas urgentes, especialmente com relação ao uso da terra e à exploração dos recursos naturais (GIRAU-DO, 2008; LILLO, 2003). Tais demandas culminaram em conflitos que envolveram as comunidades indígenas com os Estados em questão, além de empresas nacionais e transnacionais. Desse modo, por exemplo, a confrontação que ocorreu em Nicarágua, entre os Mayagnas e empresas coreanas, voltadas à exploração madeireira; os conflitos que surgiram entre os Huaorani, Secoya e Cofán, no Equador, contra empresas petrolíferas norte-americanas; as disputas que envolveram o povo Mapuce, na Argentina e no Chile, e empresas dedicadas à exploração mineira a céu aberto; os enfrentamentos que diversas comunidades indígenas provocaram no Peru, em áreas relacionadas à exploração petrolífera, hídrica ou gasífera; ou os ardentes reclamos da comunidade U'wa, na Colômbia, contra empresas petrolíferas (ARIZA, 2009; GARAVITO; ARENAS, 2005; RAMÍREZ, 2006; SVAMPA; ANTONELLI, 2009).

No dito contexto, foi comum a geração de conflitos entre a generosidade de cláusulas institucionais que convidavam à participação, consulta e decisão dos grupos indígenas e os concentrados mecanismos de decisão política existentes. Habitualmente, e como sabemos, tais mecanismos diferiam a autoridade de um Executivo que poderia estar interessado – como foi o caso, comumente – em uma exploração mais agressiva e sem nenhuma consideração. Isso, particularmente, dado o extraordinário nível de rápidos rendimentos prometidos por essa exploração mais ou menos indiscriminada.

Os grupos indígenas pediram que as cláusulas constitucionais respectivas fossem consideradas, as quais os governos vigentes trivializavam (considerando,

por exemplo, que a “consulta”, com uma mera comunicação às populações envolvidas, seria suficiente) ou diretamente desconheciam (cabe lembrar que, no caso do Equador, ocorreu uma ruptura da aliança entre grupos indígenas, ecologistas, e o governo, depois de, dentro da Convenção Constituinte de Montecristi, ambas as posturas se enfrentarem com relação ao tema: para os primeiros, deveria ser incorporada à Constituição uma cláusula explícita, condicionando a exploração de recursos básicos, como a mineração ou a água, ao consentimento das comunidades indígenas, enquanto para o governo, a consulta de tais grupos bastaria – RAMÍREZ GALLEGOS, 2010). Em alguns casos mais extremos, como o da Comunidade U’wa, as tensões chegaram ao julgamento do conflito, o qual chegou a envolver as mais altas instâncias políticas e judiciais do país, incluindo o Tribunal Constitucional. Quando analisados, os resultados do dito processo político-judicial se tornam ambíguos, visto que eles incluíram decisões judiciais difusas, às vezes favoráveis, às vezes não, às demandas indígenas, junto a ondas de mobilização e desmobilização por parte dos U’wa depois da intervenção judicial (GARAVITO; ARENAS, 2005).

Em todo caso, o aprendizado que esses processos deixam, em âmbito mais geral, parece evidente: para além das dificuldades próprias para analisar e avaliar os governos que nos são contemporâneos, o que se pretende é reafirmar a intuição, desenvolvida anteriormente, segundo a qual o compromisso com a participação popular requer uma atenção direta e especial à distribuição de poderes vigente, consagrada e na parte orgânica da constituição. Torna-se imprescindível, desse modo, por parte daqueles que estão genuinamente comprometidos com a promoção de mudanças favoráveis à participação e ao protagonismo político popular (nesse caso, de grupos indígenas), dar atenção especial e privilegiada ao que se faz e ao que se deixa de fazer com relação à parte orgânica da constituição.

Além do mais, questões como as assinaladas voltam a nos chamar a atenção a respeito dos problemas próprios do que denominamos “Constituições de mescla”, ou seja, constituições que assumem compromissos morais, políticos e/ou jurídicos contraditórios, radicalizando suas tensões internas. E, ainda, como anteriormente assinalado, “a adoção do multiculturalismo e os direitos indígenas nos anos 1990 ocorreram paralelamente a outras reformas constitucionais destinadas a facilitar a implementação de políticas neoliberais em razão da globalização. Isso incluiu a contração do papel social do Estado e dos direitos

sociais, a flexibilização dos mercados e a abertura das transnacionais, como ocorreu na Bolívia e Peru” (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 129).³⁸ Alguns podem celebrar as “Constituições de mescla” como expressão de um “compromisso sobre o possível”, ou podem ver uma virtude na ambiguidade constitucional, que seria compatível com um “despertar” futuro dos direitos em questão. Entretanto, a realidade vai reafirmando as dúvidas que poderiam surgir a respeito. Isso ocorre, primeiro, porque os resultados esperados de tal combinação não podem ser alentadores em contextos em que a estrutura de poder (para além de alguns de seus ocupantes ocasionais) continua inclinada a favor do estado de coisas tradicional, marcado por injustas desigualdades. E, segundo, sobretudo, porque o que está em jogo são as pretensões e os interesses fundamentais de certos grupos que merecem um respeito indubitável, alheio ao condicionamento, à negociação e ao intercâmbio de favores e conveniências.

3.7 Repensando a relação entre (mais) presidencialismo e (mais) direitos?

Trabalhos como os de Uprimny (2011) ou Pisarello (2010) nos reafirmam a ideia de que as novas constituições mostram processos de concentração de poderes no Executivo, acompanhados de outras mudanças orientadas em direções aparentemente contraditórias e relacionados, tipicamente, com o reforço de direitos, a proteção de grupos previamente desamparados, ou a abertura para maiores oportunidades de participação popular.

De modo similar, encontramos no trabalho de Negretto a ideia de que as novas constituições incluem “instituições aparentemente inconsistentes” (NEGRETTO, 2011b, p. 1.792). O autor admite, em tal sentido, que para um “observador externo” pode ser difícil explicar “reformas que promovem uma representação plural e um processo decisório consensual, com reformas que restringem a competência entre partidos e concentram o poder no Executivo”.³⁹ Conforme a descrição que faz o especialista Jonathan Hartlyn com relação ao aludido texto de Negretto, o trabalho deste último se caracteriza por enfatizar, junto às tendências à concentração do poder próprias das recentes reformas, certas (chamamos assim) contratendências contemporâneas dirigidas, por exemplo, a mudar “as regras eleitorais, que não favoreceram em todos os casos a concentração no poder executivo”, ou a “introduzir elementos de democracia direta, incluindo em alguns países o direito de revogação de

mandatos ao presidente” (HARTLYN, 2011, p. 1.980). O texto em questão faria referência, além disso, aos “crescentes poderes do Congresso sobre o gabinete, o crescimento da descentralização política e a maior independência judicial com relação ao Executivo” (HARTLYN, 2011, p. 1.980). Desse modo, encontramos-nos com um reforço dos poderes presidenciais, de algum modo compensado pela aparição de vários outros contrapoderes. Além do mais, em outro trabalho (coescrito), e deixando clara sua própria posição no assunto, Jonathan Hartlyn destacou “o crescente uso de eleições para a seleção de postos executivos no nível subnacional, e a presença crescente de elementos de democracia direta” nessas novas constituições” (HARTLYN; LUNA, 2007, p. 7).

Uma ideia que parece provir desse tipo de estudo é que, finalmente, o presidencialismo regional, nos últimos tempos, foi em parte reforçado, por meio de certas cláusulas constitucionais que lhe transferiram maiores capacidades, mas, em parte, igualmente, limitado ou compensado em seu reforço, por meio da aparição desse outro tipo de reforma de caráter contrário. Nos termos de Hartlyn e Luna: “Comparando os poderes executivos formais, tal como apareciam no início do mais recente período democrático[...] com os poderes formais correntes (até 2006), observamos que a tendência geral nos mostra um determinado movimento de declive com relação aos poderes do executivo” (HARTLYN; LUNA, 2007, p. 6). A causa deste declive se deveria “à emergência de maiores (potenciais) limitações sobre a concentração do poder presidencial, em outras áreas (não legislativas) [...]” (idem). Algo similar sustentou Pisarello, em sua análise ilustrada sobre o constitucionalismo moderno, ao afirmar que o “neopresidencialismo” ou presidencialismo fortalecido dessa última etapa poderia ser considerado, finalmente, um presidencialismo “mitigado por outros mecanismos de controle como o referendo revogatório, uma forma de moção de censura popular já utilizada, de fato, tanto na Venezuela como na Bolívia” (PISARELLO, 2011, p. 194).

O olhar “compensatório” proposto por esses estudos, no entanto, merece ser questionado. Também por várias razões. Primeiro, eles assumem uma *relação igualitária entre* as diferentes esferas da constituição, desconhecendo a dimensão de “poder” ali mesmo presente. A seção relacionada com a organização do poder, pode-se dizer, engloba o “motor” da Constituição e, portanto, mostra um potencial desequilibrante. Segundo, e com relação ao anterior,

tais estudos parecem descuidar do *aspecto dinâmico* da Constituição, apoiando-se em uma leitura mais estática sobre ela. Quando consideramos esse aspecto dinâmico, a pergunta relevante se refere ao que se espera que ocorra, uma vez estabelecida a constituição. Presume-se, em particular, que são, habitualmente, os poderes estabelecidos os que têm a “chave” capaz de ativar os novos mecanismos participativos. Terceiro, e também em estrito vínculo com o aludido, os estudos citados parecem não considerar a lógica interna da Constituição e, em particular, do sistema de “freios e contrapesos”. Com efeito, dito sistema englobava uma lógica interessante, destinada a impedir os abusos de uma área do poder sobre a outra. Como argumentou James Madison, em *El Federalista* n. 51, seria necessário dotar cada área do poder dos “meios constitucionais” e as motivações pessoais para resistir aos sólidos embates das demais. Isto é, tornava-se muito claro para Madison, bem como para os membros mais esclarecidos de sua geração, que se se atribuía poderes adicionais a algumas áreas de governo – poderes que capacitassem alguma delas para impor sua autoridade sobre as demais –, o abuso tendia a ocorrer, de modo mais claro: o poder mais forte disporia o necessário para assegurar o submetimento dos demais. Por que, então, não considerar esta lógica na hora de pensar acerca do funcionamento possível de nosso imperfeito sistema de “freios e contrapesos”? Em quarto lugar, e finalmente, os trabalhos citados parecem deixar de lado uma visão necessária acerca da história e do contexto da prática constitucional na qual as reformas vieram a se conformar. Quando consideramos essas variáveis históricas e contextuais, podemos comprovar que na maioria dos países latino-americanos os Poderes Executivos foram situados em uma posição de privilégio, como *primus inter pares* dentro da estrutura de poderes. Antes de qualquer coisa, a eles foi adjudicado o controle de ferramentas institucionais que lhes facilitam seu predomínio sobre os poderes restantes. Pior ainda, na prática, essa relação de predomínio foi reforçada graças a decisões paraconstitucionais que em muitos casos debilitaram a autoridade da Legislatura ou tornaram o Poder Judiciário um poder institucionalmente frágil ou diretamente dependente (DOMINGO; SIEDER, 2001, GLOPPEN *et al.*, 2010, PRILLAMAN, 2000). A dita história da prática permite-nos reconhecer a posição de privilégio na qual ficou o Poder Executivo – uma posição que permite ao Presidente exercer seu domínio sobre as demais ferramentas constitucionais, existentes há muito tempo ou recém-incorporadas.

3.8 A “sala de máquinas” da constituição

Todo o analisado anteriormente nos fala da significativa e – ao mesmo tempo – da limitada tarefa exercida por aqueles que trabalharam nos recentes processos de reforma constitucional: eles não puderam e não quiseram ir tão longe como, talvez, seria necessário fazê-lo para assegurar a tais reformas a potência transformadora que se pretendia que tivessem. Evidentemente, foi muito relevante o que ocorreu na região nas últimas décadas em matéria constitucional. Está claro que em muitos dos processos constituintes referidos se evidenciou um esforço especial para atender de modo prioritário as necessidades dos grupos mais vulneráveis da sociedade. Entretanto, conforme dissemos, reformas como as citadas nos falamos, sobretudo, das restrições próprias dos projetos empreendidos. Um dos problemas mais significativos sofridos por tais reformas apareceu, justamente, por ter concentrado as energias da mudança na seção dos direitos destas, sem reconhecer a influência que tende a exercer sobre estas a partir da seção constitucional dedicada à organização do poder. Notavelmente, ao concentrar seu esforço na área dos direitos, os reformistas sociais descuidaram ou, ainda, deixaram diretamente de lado um trabalho necessário sobre a área da organização do poder. Como declarou Raúl Prada, um dos mais notáveis participantes na Assembleia Constituinte da Bolívia, a constituinte não pode confrontar os “grandes problemas com relação aos projetos populares”, mas, não obstante, criam-se mecanismos para uma transição a um país diferente, “particularmente no que diz respeito aos direitos, estabelecendo enunciações constitucionais como base para depois construir instrumentos legais e institucionais novos” (GONZÁLEZ PRADA, 2009). Desse modo, os constituintes tenderam a deixar intocada a “sala de máquinas” da constituição, isto é, a área da constituição na qual se define como será o processo de tomada de decisões democrática. As portas da “sala de máquinas” ficaram fechadas com cadeado, como se o tratamento dos aspectos relacionados à organização do poder apenas pudessem ficar a cargo dos grupos mais afins, ou mais diretamente vinculados ao poder dominante.

O anteriormente dito não implica desconhecer que certas mudanças em matéria de direitos podem gerar um enorme impacto nos modos em que se distribui o poder. Tipicamente, a extensão do direito ao voto – uma transição que não acompanha habitualmente as mudanças na organização do poder – representa uma mudança política extraordinária. Algo similar se pode dizer

com relação ao salário-mínimo, ou do direito a uma organização sindical. De todos os modos, a esse respeito caberia assinalar ao menos duas coisas: por um lado, conviria insistir no que seria o ponto central desse trabalho: muitos direitos têm a potência de expandir o poder popular (direito a participar em sindicatos, direito a um salário-mínimo), mas na prática se tornam, absolutamente, aplicados de modo indireto ou inaplicados, em razão de pressões realizadas a partir da (inalterada) estrutura de governo. E, em outros casos, como no do direito ao sufrágio (o caso mais importante e também o mais excepcional de todos), a ausência de mudanças correlativas na organização do poder, revela de modo notável a resistência institucional à mudança social, e coloca a constituição à margem de um colapso: a constituição pretende assegurar que as alavancas do poder continuem sendo movidas por poucos apesar da radicalidade das mudanças sociais ocorridas. Omitindo uma reforma na organização do poder, os constituintes deixam as novas sociedades democráticas sob uma forma de direção ainda elitista, própria do século XVIII.

Em todo caso, convém contrastar essa chamativa omissão própria dos grupos que, mais contemporaneamente, procuraram impulsionar a reforma social por meio da reforma constitucional – grupos vinculados, muitas vezes com o que podemos chamar de “progressismo constitucional” – com a perspicácia própria dos velhos intelectuais do liberalismo conservador. Lembremos, por exemplo, de que modo os velhos liberais-conservadores reconheceram que, para dar segurança aos direitos que lhes interessavam (o direito de propriedade, em particular, e as liberdades econômicas em geral) era indispensável operar, antes de qualquer coisa, sobre a “sala de máquinas” da constituição (em seu caso, por meio da restrição das liberdades políticas): garantir os direitos de propriedade – assumiram com perspicácia – requeria limitar a capacidade das majorias para atuar na política.

Sendo assim, atuando desse modo, os velhos líderes do constitucionalismo regional demonstraram, por um lado, lucidez política para advertir a *influência cruzada* das reformas, isto é, para reconhecer que tudo o que fizeram ou deixaram de fazer sobre uma das seções da constituição teria impacto sobre a outra seção dela. E, além disso, e o que é mais importante, eles reconheceram a particular relevância que tinha a organização do poder no marco geral da estrutura da constituição. Pelo particular lugar que esta ocupava – justamente a “sala de máquinas” da estrutura geral –, ela tinha uma primazia decisiva

sobre todo o restante do esquema jurídico. Porém, e o que também é muito relevante, eles aparentemente entenderam muito bem que, dada a história peculiar da região, o Poder Executivo teria, dentro dessa “sala de máquinas”, um peso especial, com o qual teria de saber lidar. Quando Alberdi, por exemplo, propôs atar por um bom tempo as mãos das maiorias políticas, com o fim de dar o máximo de garantia aos direitos econômicos, sabia o que estava fazendo. Isto é, ele nunca pensou, por exemplo (como alguns de nossos contemporâneos parecem ter chegado a pensar), que a preocupação por certos direitos deveria se traduzir, fundamental e exclusivamente, no asseguramento de fortes garantias constitucionais de tais direitos. Igualmente, como se os direitos pudessem bastar por si sós para se protegerem, como se a garantia de tais direitos não exigisse, exclusiva ou fundamentalmente, determinados acordos em matéria de organização do poder.

O “erro” cometido por aqueles que quiseram impulsionar a reforma social, com a ajuda da constituição, mas sem ingressar efetivamente na “sala de máquinas” dela, é esclarecido de modo extraordinário em uma citação de Arturo Sampay, que agregamos em seguida. Sampay, convém recordar, foi o grande jurista (peronista) por trás da Constituição argentina de 1949 (um documento constitucional que foi o primeiro, na Argentina, a tornar explícito um forte compromisso social). Em trabalho bastante posterior àquela colaboração constitucional – falamos de seu livro *Constitución y pueblo*, publicado em 1973 e pertencente a sua etapa mais radicalizada –, o jurista apresenta uma honesta autocrítica. Nela, Sampay reconhece que a Constituição de 1949 foi marcada por uma omissão fundamental, que acabaria causando nela danos irreparáveis. Esta falta consistia, justamente, no não querer abrir a porta da “sala de máquinas” da constituição, para adequar a organização do poder ao novo caráter social que se queria imprimir ao texto. Nas palavras de Sampay:

A reforma constitucional de 1949 não organizou adequadamente o predomínio e o exercício do poder político pelos setores populares, devido, primeiro, à confiança que os setores populares triunfantes tinham na condução carismática de Perón e, segundo, ao cuidadoso tratamento que o próprio Perón dava para que não se formasse paralelamente ao governo legal um coadjuvante poder real desses setores populares, pelo que o

novo regime iria se manter até que a oligarquia cativasse os oficiais das formas armadas. Tal era, então, o calcanhar de Aquiles da célebre reforma que esta, precisamente como Aquiles, foi morta por um inimigo na flor da juventude por causa do caráter vulnerável de seu apoio. (SAMPAY 1973b, p. 122)

Em outras palavras, com uma virtude de espírito incomum, Sampay reconhecia o erro fatal no qual haviam incorrido ao descuidar do que era, sem dúvidas, o “calcanhar de Aquiles” da reforma constitucional que impulsionavam, inspirados por uma vocação de mudança social.

Em todo caso, uma sugestão que se pode deduzir da análise realizada nas páginas anteriores é que os reformistas sociais da atualidade deveriam tomar como prioritário o trabalho sobre a área da que hoje justamente descuidam. A preocupação especial pelos aspectos mais sociais da vida constitucional deveria levá-los a examinar, antes de qualquer coisa, os modos com os quais se organiza o poder, em vez de deixá-los detidos na engenharia dos direitos. A reforma social deveria ser, de forma prioritária, a reforma dos mecanismos do poder, já que sem um vasto apoio político, capaz de incluir uma ampla mobilização social, a vida dos direitos fica submetida a uma ameaça direta.⁴⁰

APÊNDICE 1: O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS ANTE O DIREITO INTERNO

Outra mudança extraordinária dessas últimas décadas, e intimamente vinculada com os novos desenvolvimentos que teve o constitucionalismo, relaciona-se com a “chegada” do direito internacional dos direitos humanos. Hoje em dia, os países da região reconhecem que há normas, como há tribunais internacionais que são capazes de impor desafios sobre as decisões tomadas pelas autoridades políticas e judiciais internas. É evidente que se poderia dizer que, em um sentido relevante, a normativa internacional sempre existiu: não se trata de novidades próprias do fim do século passado. Entretanto, também é certo que nessa matéria houve um antes e um depois vinculado às mais recentes modificações introduzidas nos mais altos níveis do direito regional. E que durante muitas décadas, o direito local as havia criado para conduzir o direito internacional a um lugar relegado: se tratava, no melhor dos casos, de acordos firmados pelo próprio país com outros, mas que – como se dizia tantas vezes

– não poderiam contradizer a própria ordem constitucional. Com esse tipo de fórmulas, acabava-se por esvaziar de conteúdo e força efetivos o direito internacional e o privar, finalmente, de toda a capacidade de desafio.

Até o final do século, no entanto, as coisas começaram a mudar. As razões da mudança – o que se pode chamar, de modo impreciso, de “processo de globalização do direito” – são numerosas, mas aqui nos interessam, em particular, as relacionadas com o próprio direito. Por um lado, ocorre que a justiça aparece aberta, cada vez mais, à utilização de normas e decisões provenientes do direito internacional. A contragosto, as autoridades políticas tendem a se mostrar sensíveis diante das decisões dos tribunais internacionais e, sobretudo, os juízes se animam – como não se animavam antes – a citar e a aplicar o direito internacional, por meio de suas sentenças, ao mesmo tempo que adotam padrões estabelecidos pelos órgãos internacionais, seguem critérios fixados por tribunais internacionais, ou supervisionam a implementação da normativa internacional por parte das autoridades locais.⁴¹

Esse fenômeno, de maior compromisso judicial com as normas e diretivas do direito internacional, se viu impulsionado por uma nova atitude política com respeito ao ordenamento internacional. Ocorreu que, desse modo, por um lado, numerosos países da região decidiram, nas últimas décadas, incorporar o direito internacional ao ordenamento doméstico, normalmente com um *status* privilegiado. Em alguns países, como na Argentina e na Bolívia, os tratados de direitos humanos foram explicitamente classificados como normas de nível constitucional. Em outros casos, como nos da Costa Rica e de El Salvador, decidiu-se conferir a tais tratados uma hierarquia supralegal (ROSSI; FILIPPINI, 2010). Em todo caso, as formas de incorporação do direito internacional dos direitos humanos foram as mais variadas e incluem possibilidades como as seguintes: algumas constituições, como as do Peru e da Colômbia, incluíram cláusulas interpretativas em seus textos, nas quais se incorporaram explícitas referências ao direito internacional. Outras, como a do Brasil, referem-se à existência de direitos não enumerados, dentro dos quais estão relacionados com princípios e tratados dos quais o Brasil faça parte. A da Guatemala faz referência ao direito internacional dos direitos humanos ao estabelecer pautas para a política exterior do país. A do Chile fixa deveres especiais em matéria de direitos humanos, que devem ser atendidos por todos os órgãos estatais.⁴²

O fato é que na América Latina, nas últimas décadas, ocorreram eventos de enorme importância, que envolveram o direito internacional dos direitos humanos e que, em alguns casos, serviram para imprimir uma nova direção à vida pública da região. Evidentemente, o caso mais ressoante de todos os ocorridos na área, foi o caso que levou a julgamento o General Augusto Pinochet, no exterior, e que rapidamente implicou a abertura da perseguição penal dos responsáveis pela operação de violações massivas de direitos humanos no Chile. Até esse momento, os responsáveis por tais abusos eram beneficiados por uma aproximação do direito que se tornava fundamentalmente dogmática, positivista no pior sentido, além de conservadora, por parte da justiça. Um dramático exemplo a esse respeito foi dado pelo Tribunal Superior do Chile, quando, respondendo às fortes críticas que recebia por sua escassa proteção dos direitos humanos durante a vigência do regime de Pinochet, declarou-se que o Tribunal deveria se ocupar da aplicação “estrita” do direito (naquele momento, o direito do regime) em vez de apelar a “princípios gerais da moralidade ou do direito” (CORREA SUTIL, 1993, p. 91). O certo é que a aparição do “caso Pinochet” se tornou explosiva para o direito regional e, foi assim que, em pouco tempo, começaram a ocorrer vários outros, concatenados, sem dúvidas, com aquele. Entre outros casos ressoantes, podemos mencionar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Barrios Altos vs. Peru”, de março de 2001, em que a Corte considerou inválida a anistia outorgada pelo governo de Alberto Fujimori, no Peru, àqueles que haviam participado do chamado “massacre de Barrios Altos”; ou a decisão do Tribunal Superior da Argentina no caso “Simón”,⁴³ em que o tribunal argentino – seguindo a decisão da Corte Interamericana em “Barrios Altos” – declarou a invalidade das leis de perdão a crimes de lesa-humanidade, aprovadas pela democracia argentina (e validou a lei que considerava tais normas de nulidade insanável); e, mais recentemente, em abril de 2011, a decisão do Congresso uruguaio de deixar de lado a anistia dada no Uruguai aos crimes de lesa-humanidade e que havia sido ratificada em duas oportunidades, pelo povo uruguaio em seus respectivos plebiscitos.

O crescente peso das normas internacionais e das decisões tomadas por órgãos e tribunais internacionais agrega uma saudável complexidade ao direito latino-americano. A dita circunstância traz aparelhados, além disso, problemas de legitimidade significativos. Com efeito, não devemos esquecer que as normas internacionais invocadas nos referem, muitas vezes, a princípios de conteúdo

impreciso, e que não temos uma maneira clara de conhecer (tipicamente é o que ocorre com as reiteradas invocações ao *ius cogens*, de enorme peso no debate sobre o direito internacional). E, o que é mais grave, estão aqui a jogar decisões de órgãos internacionais (um caso especialmente importante é o da Corte Interamericana de Direitos Humanos) com credenciais democráticas muito frágeis. A crítica habitual, fundamental, aos tribunais, por seu lugar no cenário democrático, o caráter contramajoritário de suas decisões (BICKEL, 1962), se reproduz nesses casos de maneira mais extrema. Muito mais se prestamos atenção aos modos como os juízes desses tribunais são eleitos, seu mais que debilitado vínculo com a cidadania latino-americana, e as ínfimas possibilidades que tem esta para dialogar com eles ou desafiar suas decisões.

Um caso particularmente significativo nesta discussão é o que aporta a sentença “Gelman” (caso “Gelman vs. Uruguai”, Sentença de 24 de fevereiro de 2011), decidida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁴⁴ Neste caso, a Corte tinha de avaliar, entre outros aspectos, a validade da Lei de Caducidade (da Pretensão Punitiva do Estado) sancionada no Uruguai e pela qual se estabeleceu a caducidade do “exercício da pretensão punitiva do Estado com relação aos delitos cometidos até 1º de março de 1985 por funcionários militares e policiais, homologados e assimilados por fundamentos políticos ou em ocasião do cumprimento de suas funções e em ocasião de ações ordenadas pelas autoridades que atuaram durante o período do fato”. Notavelmente, a norma foi respaldada pela população uruguaia, convocada a se expressar a este respeito em dois plebiscitos. No entanto, contra tal decisão, a Corte Interamericana declarou que a lei em questão era incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos; que “a proteção dos direitos humanos” constituía “um limite impraticável à regra das maiorias”; que os plebiscitos uruguaio não dotavam a norma objetada de “legitimidade ante o Direito Internacional”; que anistias como a uruguaia eram impugnáveis não como resultado de “uma questão formal, com sua origem, mas (por seu) aspecto material”; e que, como resultado de todo o anteriormente dito, o Estado uruguaio estava obrigado, portanto, a investigar e eventualmente a sancionar as graves violações de direitos humanos cometidas em seu território durante a ditadura que ocupou o poder nos anos 1970.

Os problemas expostos pela sentença da Corte Interamericana são numerosos, mas aqui poderíamos objetar, sobretudo, o modo como na sentença

deixa-se de lado, em poucas linhas e sem maior argumentação, decisões estabelecidas de modo fortemente democrático no Uruguai (ainda que reconhecendo a necessidade de examinar criticamente a autoridade democrática de qualquer plebiscito particular); sua falta de compromisso com toda reflexão sobre a origem mais ou menos democrática das normas questionadas;⁴⁵ o modo simplista com o qual justifica o uso da coerção penal; ou sua falta de reflexão sobre as condições de legitimidade democrática de suas próprias decisões (isto é, a autoridade de um tribunal com frágeis credenciais democráticas, ante – como neste caso – decisões democraticamente vigorosas). Em todo caso, o interessante é que o exemplo expressa, com absoluto dramatismo, e de modo extremo, as tensões possíveis entre os valores da democracia e do constitucionalismo.⁴⁶

O anteriormente dito não implica, em absoluto, negar a autoridade de órgãos internacionais com *algum grau*, não irrelevante, de legitimidade democrática. Muito menos, quando o direito que se impugna é o que foi aprovado, ou o que foi aplicado, por regimes não democráticos (como as ditaduras argentina e chilena) ou muito fragilmente democráticos (como o Peru, da era Alberto Fujimori, após o encerramento do Congresso peruano). A pergunta, em todo caso, remete-nos a como integrar essas cruciais novidades do direito, em uma conversa democrática que tenha os próprios cidadãos afetados como personagens principais.

APÊNDICE 2 RUPTURAS MODESTAS, MAS SIGNIFICATIVAS: A SALA IV NA COSTA RICA 1989; A CORTE CONSTITUCIONAL NA COLÔMBIA 1991; E AS MODIFICAÇÕES NO PROCEDIMENTO DE ACESSO AOS TRIBUNAIS

Quais reformas automatizar, portanto, com relação à “sala de máquinas” da constituição? A história regional recente sugere algumas respostas que nos falam dos conflitos que gera a pretensão de ter uma sociedade cada vez mais democratizada e a vocação dos governos atuantes por manter um ordenamento institucional verticalizado e fechado sobre si mesmo. Como se pode esperar e como a prática ratificou, é habitual que os poderes potencialmente afetados pelas reformas tendam a se colocar no meio do caminho para a concreção destas.

Por mais que o caminho seja tanto difícil quanto urgente de transitar, é bom lembrar que a história real do constitucionalismo latino-americano mostra que

nem toda a vida jurídica regional foi julgada com reformas maximalistas, de tudo ou nada. Pelo contrário, e contra o que se pode pensar, a história recente mostra o relativo “sucesso” de reformas aparentemente muito limitadas com relação ao seus alcances e inócuas com relação ao seu conteúdo.⁴⁷ Vamos nos deter brevemente, e em seguida, no impacto alcançado por certas reformas procedimentais, referentes às condições de acesso à justiça por parte dos setores com menos recursos. Os casos que consideraremos são basicamente dois: os que ocorreram na Costa Rica e na Colômbia, no final do século XX.⁴⁸

Certamente, tanto em função do seu alcance como em função de seu conteúdo, as reformas que estudaremos não seriam as que deveriam priorizar um programa igualitário de modificações institucionais. De todo modo, tais reformas – que não são incompatíveis com o programa, sobretudo em contextos como os examinados, muito marcados por estruturas judiciais conservadoras do *status quo* – podem servir para ilustrar uma forma tão sigilosa como modesta (mesmo que nada irrelevante) de ingresso à “sala de máquinas” do constitucionalismo.

Sobre ambos os casos, é necessário fazer um comentário prévio: no da Colômbia, a reforma constitucional se fez em um contexto de crise política radical (e, conforme veremos, sem absoluta clareza a respeito de algumas das implicações possíveis da reforma que se principiava). A Colômbia, lembremos, não apenas tentava sair do período extenso e trágico de *La Violencia*, mas também acabava de sofrer o massacre de membros da guerrilha M-19, os quais tinham entrado no edifício da Corte (massacre realizado pelo próprio exército) e se via perseguida pelas forças do narcotráfico (LEMAITRE, 2009). No caso da Costa Rica, a reforma em questão – a introdução da afamada Sala IV – se fez conforme os analistas que estudaram o tema – com ânimos imitativos, e sem maior consciência com relação aos seus efeitos transformadores. Por exemplo, e de acordo com os trabalhos do cientista político Bruce Wilson, talvez o melhor conhecedor da política da Corte, os principais autores envolvidos no debate sobre a reforma no máximo tribunal não previam, absolutamente, o que logo ocorreria com a nova Sala criada. Conforme as entrevistas obtidas pelo autor, a “maioria dos deputados não compreendia o significado potencial da nova corte que estavam criando” (WILSON, 2010, p. 67).⁴⁹ Sugerem fatos como estes que as únicas reformas significativas – promovidas de

dentro do sistema político existente – são aquelas que se fazem sem consciência real de suas consequências?

Na verdade, ninguém, na Costa Rica, parecia prever os efeitos que poderia gerar a reforma sobre a Corte. Ainda mais quando, ao longo dos últimos 50 anos, o máximo tribunal tinha recebido poucos casos (155) de conteúdo constitucional. Além do mais, o recorde da Corte, até o momento, era sempre marcado por uma forte diferença com relação ao poder político (WILSON, 2005). Disso que, quando se decidiu anexar ao máximo tribunal uma sala especial para lidar com temas constitucionais, a *Sala Constitucional* ou *Sala IV*, ninguém – nem juristas nem cidadãos de pé – deu maior atenção sobre o assunto. Em todo caso, apenas os próprios membros integrantes do tribunal, nesse momento, mostraram alguma resistência diante da criação da nova Sala.

No entanto, as reformas em questão incluíram alguns outros detalhes que se tornariam, finalmente, decisivos para explicar o que se observaria em breve, isto é, um comportamento hiperativo, socialmente consciente e politicamente muito desafiante por parte da nova Sala. Entre as reformas do caso, destaca-se a extraordinária ampliação disposta na legitimidade para atuar ante a Corte, que veio acompanhada da ruptura com o estrito formalismo processual que havia caracterizado a atuação do tribunal até o momento. Igualmente, deve-se agregar o fato de que qualquer pessoa estava autorizada a abrir um caso ante a Sala IV, sem a necessidade de recorrer a um advogado; sem a necessidade de pagar alguma taxa; sem a necessidade de apegar-se a argumentos e a regras preestabelecidas. A apresentação pode ser feita a qualquer hora do dia, em qualquer língua, sem importar a idade do reclamante, e pode ser escrita em qualquer suporte (WILSON, 2010).

Os resultados de tais mudanças foram velozes e extraordinários: em seu primeiro ano de funcionamento, em 1990, o tribunal recebeu 2.000 casos, que passaram a ser 6.000 em 1996, 13.000 em 2002 e mais de 17.000 em 2008: 200.000 casos nos primeiros 19 anos de funcionamento – quase todos, atualmente, relacionados à apresentação de amparos (WILSON, 2010). Além do mais, corresponde destacar que a aludida dinâmica incremental foi favorecida pelo próprio funcionamento da Sala IV, que mostrou estar capacitada para lidar não apenas com a maioria de tais casos, mas também para fazê-lo em curto tempo.

A situação descrita conserva paralelos significativos com o ocorrido no mais alto escalão do Poder Judiciário na Colômbia, com a reforma constitucional de 1991, e ao menos uma diferença significativa. A diferença é que a constituição foi o produto de um amplo e heterogêneo grupo de representantes (e que incluiu figuras da direita política junto a ex-guerrilheiros do grupo M-19, indígenas e minorias religiosas), que trabalharam durante seis meses (GARCÍA VILLEGAS, 2001). Tratar-se-ia, segundo muitos, de uma constituição produto, pela primeira vez, genuinamente, do consenso, e não a mera criação do grupo vencedor da ocasião, tal como geralmente era o caso – segundo a afamada expressão de Valencia Villa – de outra constituição como “carta de batalha” (LEMAITRE, 2009, p. 124). O fato do pluralismo representativo explicará, também, por exemplo, a profusão de direitos sociais incorporados na constituição, que irá junto às declarações constitucionais explícitas de defesa do livre mercado.⁵⁰

Em todo caso, o fato é que tanto na Colômbia como na Costa Rica a criação de um novo órgão judicial – aqui, uma Corte Constitucional que seria incorporada junto a uma já existente Corte Suprema – muito menos pareceu gerar maiores preocupações nem resistências – salvo, como no caso citado, por parte dos magistrados em exercício, que temiam ver reduzidos seus poderes. Politicamente, a nova Corte não era interpretada como uma ameaça, no contexto de um país onde os tribunais se caracterizavam por uma extensa tradição de independência, ao mesmo tempo que deferência perante o poder político. Entretanto, e como no caso costarricense, o tribunal deu amostras imediatas de resistência, ativismo, vocação social e capacidade de desafio, que surpreenderam os seus próprios criadores (BONILLA; ITURRALDE, 2005; CEPEDA, 1997; GAVIRIA DÍAZ, 2002; LEMAITRE RIPOLL, 2009; RODRÍGUEZ PEÑARANDA, 2005; UPRIMNY *et al.*, 2006).

E, ainda que, outra vez, não seja simples determinar o que explica o notável desenvolvimento que teve a Corte, desde o momento de sua criação, determinadas reformas processuais – aparentemente triviais, visivelmente modestas –, parecem englobar parte da resposta. Tanto na Colômbia como na Costa Rica, a reforma judicial incorporou drásticas mudanças em termos processuais. Neste caso, particularmente por meio da *ação de tutela*,⁵¹ que permite a qualquer pessoa acessar a justiça sem nenhuma exigência formal, sem a necessidade de incorrer em custos econômicos, sem a exigência da contratação de

um advogado, e sem sequer ter de demonstrar que a pessoa tem interesse real no assunto pelo qual reclama. Ou seja: uma abertura máxima, dificilmente superável, em termos de acesso ao tribunal.

Os resultados da execução do mecanismo foram explosivos tanto na Colômbia como na Costa Rica. A nova Corte tomou 236 decisões em seu primeiro ano de funcionamento, em 1992, e 10 anos depois sua média estava bastante acima das 1.100 (um aumento de quase 500%). Em matéria de tutela, a Corte recebeu 8.000 demandas de proteção, em seu primeiro ano, e em 2001 o número havia alcançado os 133.273 (o número aumentou em 16 vezes). A quantidade média de decisões anuais, por parte da Corte Constitucional, resultou 16 vezes mais alta, também, que a das que eram próprias da Corte Suprema antes da chegada do novo tribunal (CEPEDA, 2004).

Finalmente, o ocorrido em Costa Rica e Colômbia – que em seguida, de modo mais modesto – seria replicado na Argentina e no Brasil – não fazia mais que reproduzir um fenômeno que já estava sendo produzido em lugares mais distantes e inesperados, como Hungria, Índia e África do Sul. Mudanças relativamente menores no direito de *standing*, junto a uma redução drástica das exigências formais comuns em um processo judicial, tendem a gerar mudanças radicais na relação indivíduos-justiça. Tais mudanças se traduzem, inequivocamente, em um aumento significativo nos números de litigiosidade e, também, e de maneira notável, no próprio comportamento dos tribunais. Atingidos por uma sobrecarga de demandas provenientes dos setores menos favorecidos – que têm, graças às mudanças como as citadas, a oportunidade de uma resposta judicial –, os tribunais tendem a mostrar maior abertura a questões vinculadas com direitos sociais e econômicos (GLOPPEN *et al.*, 2010). No caso da Corte colombiana, e contra a prática da maioria dos tribunais similares, o novo órgão judicial acabou se ocupando, majoritariamente, com a resolução de casos relacionados com direitos sociais. De fato, a grande maioria dos casos resolvidos pelo tribunal entre 1992 e 2006 (55%) teve relação com os direitos sociais (e os demais com os direitos civis e políticos); e, o que é mais importante, em 66% dos casos, a magistratura se inclinou por conceder ao demandante a proteção de direitos solicitada (GARCÍA VILLEGAS; SAFFÓN, 2005).

Definitivamente, em ambos os casos, Costa Rica e Colômbia, encontramos com reformas *sigilosas, localizadas e bem dirigidas*, que dão conta

da importância e da possibilidade efetiva, de realizar modificações de peso na “sala de máquinas” da constituição.

Pois bem, o anteriormente mencionado não deve ser entendido, de modo algum, como uma sugestão de que é por ali por onde se deve avançar, com o intuito de realizar o reformismo social por meio da constituição. Esse tipo de reforma, conforme analisamos, tende a mostrar limitações cruciais na medida em que a estrutura básica do poder político se mantém intacta, e a organização e a composição do poder judiciário continuam sendo idênticas ao que era. Essa dupla limitação, provoca, por um lado, restrições efetivas aos direitos participativos das pessoas e, portanto, a sua capacidade de impulsionar, concretizar e manter mudanças legais mais radicais e agressivas, e, por outro, que, de modo previsto, o poder judiciário tenha dificuldades para avançar nas áreas politicamente sensíveis; que seus membros continuem se sentindo mais afins a causas vinculadas com as demandas das classes altas e médias (SAJO, 2008; MÆSTAD *et al.*, 2011); e que a população siga contando com escassas possibilidades efetivas de controle e censura sobre os membros do aparelho judicial.

APÊNDICE 3 PROTESTO SOCIAL NA AMÉRICA LATINA

A situação anteriormente apresentada refere-nos a um sistema institucional que ficou limitado com relação a suas ambições iniciais; ao mesmo tempo que muito vinculado com uma concepção democrática estrita, em conflito com intuições e convicções básicas, hoje geralmente compartilhadas (por exemplo, referentes a dignidade igual das pessoas, para além de seu gênero, cor de pele ou nível de formação). Isso, certamente, explica, ao menos em parte, um crescente mal-estar que pode ser observado na região latino-americana como – obviamente, em outras regiões, com relação ao sistema institucional – uma continuidade, finalmente, na “resistência a partir de baixo”. O mencionado mal-estar nos refere a um desapego social geral, em face das instituições vigentes, que pode ser compatível com entusiasmos ocasionais com determinados funcionários ou órgãos públicos: o que se mostra em crise – assumiremos aqui – é um modelo de organização institucional independente das pessoas que ocupam os principais cargos de poder, em uma determinada conjuntura. A referida crise diz algo, com relação a outros aspectos, sobre a vitalidade social presente na cena política pública latino-americana, e expressada por fora das instituições formais – desse modo, poderíamos agregar, em

razão do “ajuste” imposto por essas próprias instituições. Falamos, portanto, da importância do protesto social que se observa na América Latina. Mesmo que a região tenha demonstrado um intenso ativismo social diante das políticas de diferentes tipos, os protestos extrainstitucionais, senão diretamente contrainstitucionais, tornaram-se especialmente notórios nos últimos anos. Isso, especialmente, no calor de uma série de eventos significativos, que incluem uma era de duros ajustes econômicos (nos anos 1990), que culminaram em níveis inéditos de desemprego e na construção de Estado mínimo; o conseguinte enfraquecimento das organizações sindicais, que centralizavam, organizavam e também transferiam ordem ao protesto social; o aumento nos índices de desigualdade, que normalmente veio correlacionado ao aumento da insatisfação social; a afirmação de um período de estabilidade democrática, que instalou a certeza de que os remédios para a crise não poderiam ser buscados fora do sistema democrático (por exemplo, por meio de uma saída militar – saída que foi comum nas décadas anteriores); a perda de confiança nos partidos políticos, que veio de mãos dadas com anos de estabilidade democrática; a determinação demonstrada pelos funcionários e órgãos públicos dispostos a receber as reclamações populares etc.

Os protestos em questão vão desde os provocados no ano de 2001, na Argentina, por parte dos desempregados (*piqueteros*, que recorreram ao fechamento de vias para chamar a atenção sobre as demandas que não eram reconhecidas na discussão política), ao fervor de uma de suas mais graves crises econômicas (uma crise que seguiu diretamente o processo de privatizações e “diminuição” do Estado então vigente); os consistentes e poderosos protestos em busca do direito à terra, que vêm ocorrendo desde 1978, ao menos, o *Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST)*, no Brasil; as “guerras” do “gás” e da “água”, na Bolívia, produzidas entre 2000 e 2005; as “invasões” realizadas no Peru e as “ocupações” produzidas no Chile de terrenos estatais ou privados; os protestos dos jovens estudantes – *pinguinos* – no Chile, contra uma educação desigual; a disputa dos *mapuches* na Patagônia e no sul do Chile, em nome do reconhecimento de direitos; as numerosas disputas ambientais – tipicamente, contra a mineração “a céu aberto” registradas ao longo de toda a região etc. Todos esses protestos, além do mais, contam, normalmente, com participação e legitimidade sociais muito importantes, mesmo as mais extremas. Em estudo recente, por exemplo, mostram-se

os (surpreendentemente altos) níveis de aprovação com que contam, ainda, as ocupações de terras ou os fechamentos de vias (LODOLA, 2011).

É claro que fatos como os mencionados – produzidos em diferentes momentos, em distintos países – merecem uma análise separada. No entanto, há algumas reflexões gerais que podem ser apropriadas para vários deles. Aqui poderíamos mencionar, por sua especial importância para este trabalho, algumas dentre todas as possíveis:

- *Direitos constitucionais.* Em primeiro lugar, protestos como os citados nos referem a graves violações de direitos, sobretudo direitos sociais, que se produzem repetidamente em toda a América Latina. Tais reclamos aludem, além do mais, e na maioria dos casos, a direitos que se encontram já constitucionalizados, o que torna mais graves as violações citadas. Ao mesmo tempo, é importante ressaltar o modo com que diferentes governos, de orientações políticas distintas, estiveram comprometidos com essas violações de direitos. Eles contribuíram com tais violações, primeiro, por meio de ações que acabaram com a perda de emprego de milhões de pessoas; em seguida, por meio de omissões que implicaram deixar sem atendimento social alguns daqueles que tinham sido mais prejudicados por aquelas reformas; mais tarde, por meio de negócios com as empresas que ocupariam o lugar que antes era ocupado pelo Estado, em negociações que implicavam a manutenção e o reforço de situações de maltrato social.
- *A lei e o marco da ilegalidade.* Os recentes protestos nos falam, ao mesmo tempo, de indivíduos que estão repetidamente confrontando a lei vigente, por meio de suas manifestações de reclamo. Poderíamos dizer que este fato delata a vocação crescentemente desafiante, antijurídica, dos protestantes. A intuição que aqui apresentamos, não obstante, é outra, e não nos fala de cidadãos cada vez mais desrespeitosos com relação ao direito, mas de um direito cada vez mais restritivo com relação aos cidadãos. De algum modo, poderíamos dizer que o direito foi se tornando mais severo; o direito penal foi ganhando espaço na cena jurídica; e o lugar da liberdade começou a diminuir, para tornar ilegais condutas que razoavelmente poderiam ser consideradas como homenagens ao direito por parte dos membros menos privilegiados da sociedade. Finalmente, podemos dizer: a ilegalidade começou a ganhar terreno, simplesmente,

porque se estabeleceu um cerco legal muito estreito em torno dos mais vulneráveis. Em razão de que, atualmente, simples atos de desafio são traduzidos como graves, diretas violações do direito. Uma situação semelhante, além do mais, obriga-nos a refletir sobre o sentido e o valor do direito vigente, e nos exige repensar categorias elementares do direito conhecido, conforme veremos no parágrafo seguinte.

- *A ausência de “voz”*. Conflitos como os assinalados ressaltam outros fatos jurídicos notáveis, como a ausência de “voz” por parte de amplos setores da sociedade. Por isso mesmo, muitos dos protestos citados – comumente, os fechamentos de vias, o incêndio de pneus, a produção de escândalos nas praças públicas – aludem a desesperada necessidade de alguns grupos de colocar na cena pública questionamentos, demandas, conflitos, que de outro modo seriam simplesmente ignorados. Desse modo, a demanda por uma “voz” – que possa expressar a existência de violações gravíssimas de direitos – passa a ocupar um lugar central no conflito social regional. Esses eventos nos forçam a pensar, também, em temas jurídicos mais gerais, igualmente relevantes.⁵²
- *Direito penal e desigualdade*. O último ponto que podemos mencionar, nesta análise sobre o modo como o direito moderno está (denunciado e) afetado pelas novas modalidades de protesto social, relaciona-se com o lugar do direito penal em todo esse processo. A pergunta que convém formular, a este respeito, questiona a pretensão de utilizar o procedimento coercitivo do Estado em situações de injusta desigualdade. O que primeiro podemos defender nesse sentido, é que os problemas de legitimidade e justificativa que afetam o uso da coerção estatal, em geral (RAWLS, 1971), são radicalmente agravados quando o que está em jogo é a coerção penal, dado que se trata da forma mais extrema da violência estatal cotidianamente autorizada. E este fato – essa dificuldade – se torna ainda mais difícil de enfrentar quando o que está em jogo é o exercício da coerção penal, em situações de injusta desigualdade. Ocorre que, em tais casos, se potencializa enormemente um risco que sempre ameaça o direito, isto é, o risco de que a dita coerção extrema seja utilizada por aqueles mais bem situados nessa (injustificável) pirâmide social, para preservar as estruturas de desigualdade que os beneficiam e que lhes permite continuar situados no lugar de privilégio que ocupam. O risco é muito maior,

em tais contextos, dada a falta de “voz” que costuma afetar as classes menos privilegiadas em ditas circunstâncias; e a necessidade que tem o direito de alimentar-se das vozes mais diversas (e especialmente das que são numerosas e menos audíveis) para ganhar em imparcialidade e legitimidade (DUFF, 1998, 2001, 2004; DUFF; GARLAND, 1994; GARGARELLA, 2011a; MURPHY, 1973; VON HIRSCH, 1976).

NOTAS

1. Uma primeira mostra do apoio que a história oferece a este esquema inicial surge da notável influência simbólica, política e intelectual adquirida pelos dois grandes eventos do constitucionalismo moderno, isto é, as Revoluções Francesa e Norte-americana e as constituições que seguiram a elas (ELSTER, 1993). Ambas as revoluções tiveram um extraordinário impacto em todo o mundo e suas principais obras jurídicas deixaram um indubitável registro por todo o continente americano. O primeiro constitucionalismo revolucionário proveniente da França, com seus antecedentes rousseauianos e suas continuidades jacobinas, veio a representar na região o constitucionalismo radical, anticonservador, constitucionalismo que encontraria continuidades no mundo anglo-saxão por meio dos escritos de radicais como Thomas Paine. Entretanto, diante disso, a Constituição norte-americana começou a simbolizar o modelo dos limites, do controle do poder, da separação da Igreja e do Estado, ou seja, aquilo que chamamos de liberalismo. Junto ao radicalismo constitucional francês e o liberalismo constitucional associado com a Constituição norte-americana, a outra grande fonte de inspiração para o constitucionalismo regional surgiu, sem sombras de dúvidas, pelo direito proveniente do Império Hispânico. Quatrocentos anos de colonização, impostos pela força da espada, representam uma base de apoio extraordinária para o desenvolvimento de um pensamento de caráter indubitavelmente conservador: conservador das tradições, da religião imposta, de uma ordem política estamental e de uma ordem econômica desigual. Temos, desse modo, uma primeira e clara sustentação histórica para afirmar a ideia segundo a qual o constitucionalismo americano esteve fundamentalmente marcado, desde o princípio, por três cosmovisões diferentes, as quais podemos associar com o pensamento conservador, republicano e liberal.

2. Usaremos, em seguida, e de modo indistinto, as categorias de “republicano” e “radical”.

3. Ver, por exemplo, Thomson (2002), e em particular Sobrevilla (2002).

4. Detenho-me à análise da questão em Gargarella (2010). Nas próximas seções examinaremos mais detalhadamente o particular devir do pensamento constitucional radical a partir do final do século XIX.

5. O autor Carlos Rama a apresenta como uma “escritora de talento, que se relaciona particularmente com Charles Fourier e [...] Robert Owen”, a quem Karl Marx defenderá contra os ataques de Edgard Bauer em 1844 em *A sagrada família*, e, em cuja obra, inspirará Friedrich Engels para preparar seu clássico volume *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra* (RAMA, 1977, p. xxi).

6. Desse modo, na opinião de Juan Montalvo (1984).
7. Certamente ninguém superou o presidente equatoriano Gabriel García Moreno na tradução constitucional desses ideais políticos. Desse modo, na apresentação que fizera em frente a Assembleia Constituinte de seu projeto constitucional extremamente conservador, García Moreno argumentou: “o projeto de constituição que lhes será apresentado contém as reformas que, em meu conceito, demandam de modo mais imperioso a ordem, o progresso e a felicidade da República. Dois objetivos principais foram os que levei em consideração: primeiro, harmonizar nossas instituições políticas com a nossa crença religiosa, e segundo, investir a autoridade pública de força suficiente para resistir aos embates da anarquia” (GARCÍA MORENO, 1887). A posição de García Moreno se torna, desse modo, muito clara: esta breve frase resume perfeitamente o duplo compromisso constitucional do conservador. Por um lado, “a cruz”, ou seja, a necessidade de colocar a constituição a serviço do projeto moral perfeccionista. Em torno deste projeto moral é que devia orbitar, portanto, todo o resto da organização institucional. A partir daí foi que García Moreno proclamou a necessidade de “harmonizar nossas instituições políticas com a nossa crença religiosa”. Por outro lado, e diante da grave ameaça de que maiorias (assumidas como) incultas e brutais desafiavam os ideais morais corretos, para impor suas próprias demandas, surgiu a “espada”. Em outros termos, e tal como o descreveu García Moreno, a constituição deveria “investir a autoridade pública de força suficiente para resistir aos embates da anarquia”.
8. E, igualmente: “Eu sou do partido dos católicos, isto é, do partido de Jesus Cristo; atuo pelos poderes extraordinários, pela onipotência de Nosso Pai que está nos céus”. Desse modo, conforme o que argumentou em um texto intitulado “Vagancia” publicado em *La Religión*, Buenos Aires, 8 de agosto de 1857, e reproduzido em Halperín Donghi (1980, p. 42-43).
9. Mesmo que o modelo conservador tenha sido o mais triunfante de todos os existentes, ao menos com relação à estabilidade que alcançaram as constituições conservadoras, esse não foi o caso das constituições mais claramente inspiradas no modelo napoleônico, como as que propôs Bolívar na Bolívia, Colômbia e Peru, e que apareceram como muito extremas, sobretudo com relação aos poderes que depositavam no Presidente (por exemplo, nomeação ao longo da vida).
10. Isso também, sobretudo, pelo nível de adesão que chegaram a gerar em pensadores liberais que viram nelas a única saída institucional possível, perante a crise do pós-independência e o temor do retrocesso ao processo revolucionário. Foi desse modo que apareceram algumas experiências monárquicas, brevemente, na Argentina (1814-1818); Chile (1818); e com mais força no México, onde um príncipe europeu chegou a ser designado à frente dos eventos do país entre

1864 e 1867 (uma modalidade que foi explorada sem sucesso em outros países da região). Manuel Belgrano, na Argentina, tentou uma alternativa curiosa, mas também falida: designar um descendente Inca. O General Iturbide, no México em 1821, por sua vez, promoveu, também sem sucesso, um monarca crioulo.

11. Os modos adquiridos pelo perfeccionismo moral, dentro da América Latina e a partir da extraordinária influência exercida pela religião católica, foram notáveis. A religião era vista, por muitos deles, como um componente essencial da vida pública. Tratava-se, definitivamente, do único laço que mantinha o país unido, tal como sustentou o monarquista mexicano José María Gutiérrez Estrada (FOWLER, 1977). E como manteve em sintonia o peruano Bartolomé Herrera, “uma Nação tão escassa de vínculos sociais” não poderia considerar indiferente o “conservar ou destruir o vínculo da religião” (PAZ SOLDÁN, 1973, p. 106).

12. Trata-se do que, em outro momento, Judith Shklar definiria como “o liberalismo do medo”, o que “considera os abusos dos poderes públicos em todos os regimes, com igual trepidação”, o que “se preocupa com os excessos dos agentes oficiais em todo nível de governo”, o qual parte do pressuposto “amplamente justificado em cada página da história política, que diz que os agentes do governo se comportarão de modo brutal e sem atenção à lei [...] a maior parte do tempo, a menos que este seja impedido de fazê-lo” (SHKLAR, 1989, p. 27-8; WILLIAMS, 2008, cap. 5).

13. Segundo Frank Safford, a Constituição de Cádiz permitia aos latino-americanos “fazerem essencialmente o mesmo que eles tratavam de fazer, ou seja, introduzir os ideais liberais constitucionais do mundo anglo-francês na estrutura política originada na Espanha” (SAFFORD, 1985, p. 362). Ele considera, também, que a influência de Cádiz serviu, igualmente, para reforçar (antes que debilitar) uma estrutura de poder que as primeiríssimas constituições locais (mais inspiradas por ideais radicais) haviam enfraquecido muito (idem).

14. A Constituição peruana de 1860 poderia ser lida, em efeito, como uma constituição de fusão. Esta vigorou até 1920 e “moderou” algumas particularidades mais liberais da Constituição anterior, de 1856. Com ela, retornou-se ao bicameralismo tradicional, alegando-se que o sistema anterior havia estabelecido uma “organização exótica, anômala, sem antecedentes históricos, nem paralelos em outros países”. Reagindo contra aquele modelo de constitucionalismo, a Constituição de 1860 estabeleceu um Congresso débil, que apenas se reunia de maneira bienal, alegando – como o havia feito Madison, em *Vícios* – que no Peru legislava-se exageradamente: “Os males públicos provêm no Peru da abundância de leis” (PAZ SOLDÁN, 1973, p. 108). Além disso, a Constituição suspendeu as assembleias departamentais, que implicavam um sinal do

velho constitucionalismo para o federalismo, e restabeleceu a pena de morte. De modo, todavia, mais extremo, a Constituição suprimiu o sufrágio direto. Repetindo a linha de argumentação comum nesta matéria, os membros da Comissão encarregada de sua análise argumentaram que o país ainda não estava preparado para ele, que era passível de coações e que exigia um alto grau de cultura dos sufragantes (PAZ SOLDÁN, 1973). O sufrágio passou, então, a ser regulamentado por lei, e por esse meio voltou a ser direto.

15. A nova Constituição que se dita na Colômbia, em 1886, interrompe assim, de modo bastante abrupto, uma tendência liberalizadora-federalista que, com numerosas crises, havia se desenvolvido por mais de 30 anos. Sua redação fica nas mãos de uma reduzida elite de juristas que inclui o líder conservador Miguel Caro e o publicista liberal José María Samper, que propõe impulsionar uma constituição que agregue “princípios conservadores e liberais em combinação equitativa” (VALENCIA VILLA, 1992, p. 101). Em todo caso, o processo constituinte dá como resultado uma Constituição que, aparentemente, é uma das mais conservadoras (e menos “mesclada”) com relação às que são aprovadas na região até o final do século XX.

16. Liberais e conservadores geraram, desse modo, e de maneira paulatina, as formações de um sistema de governo peculiar, desafiante do mais clássico modelo de “freios e contrapesos” – um sistema que Carlos Nino denominara hiperpresidencialista (NINO, 1997).

17. O segundo movimento de reformas importantes chegou no final do século XX e comprometeu, mais uma vez, muitas das principais constituições da região. Houve reformas no Equador, em 1978; no Chile e no Brasil, em 1989; na Colômbia, em 1991; no Paraguai, em 1992; no Peru e na Bolívia, em 1993; na Argentina, Guatemala e Nicarágua, em 1994. Logo voltaremos a tratar sobre esse movimento.

18. Também pode-se destacar o pouco impacto da Constituição na vida política do país, sobretudo em face de um Executivo decidido a governar independentemente do estabelecido pelo texto constitucional que, de algum modo, ratificou, com sua redação, as políticas já impulsionadas pelo Poder. “O que ocorre em 1934, fundamentalmente, é a constitucionalização das medidas tomadas pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas” (BERCOVICI, 2008, p. 382; BERCOVICI, 2009);

19. Este foi o caso, ainda que na maioria das vezes as reformas aparecessem motivadas, fundamentalmente, por objetivos de curto prazo e de reeleição.

20. A Constituição de 1967 foi muito explícita a esse respeito, regulamentando duramente as reuniões massivas – que deviam ser autorizadas e controladas pelo poder político –, condicionando a existência de partidos políticos (ficaram autorizados, desse modo, apenas o

partido oficial, a Aliança Renovadora Nacional, ARENA, e um partido opositor, o Movimento Democrático Brasileiro, o MDB), ou cerceando, por razões de “segurança nacional”, o voto direto nas cidades e localidades mais importantes. A Constituição da ditadura sofreu mudanças que a radicalizaram dois anos depois. Efetivamente, em 1969, uma junta militar provisória ditou uma amplíssima emenda (a Emenda de 1969, que basicamente reescreveu a Constituição então vigente), por meio da qual reforçou o caráter já fortemente repressivo de sua antecessora. A Emenda incluiu a figura da pena de morte; suspendeu o *habeas corpus*; criou tribunais militares especiais; e, além disso, estabeleceu outras leis restritivas de liberdades, como a Lei de Segurança Nacional ou a Lei de Imprensa que veio a consagrar um sistema de censura prévia.

21. Cabe recordar, além disso, que um plebiscito em 1993 reafirmaria o caráter presidencialista e não parlamentarista, republicano e não monárquico do sistema político.

22. Esse caráter estendido da violação de direitos humanos teve relação com muitos fatores, mas também com a chamada Doutrina da Segurança Nacional, que tinha nascido no advento da Guerra Fria e que havia sido promovida a partir dos Estados Unidos (por exemplo, por meio do treinamento militar promovido entre líderes militares da região, da Escola das Américas, no Panamá). A Doutrina da Segurança Nacional veio a impulsionar uma mudança na orientação das Forças Armadas nacionais, promovendo que os exércitos locais concentrassem seus esforços sobre a segurança interna, perante a ameaça que se associava com uma crescente presença de ideologias de esquerda – do comunismo – na região. Um dos resultados mais significativos e graves da mencionada doutrina estendida foi a comum disposição de uma diversidade de governos latino-americanos para utilizar os piores recursos de coerção estatal contra as próprias populações, em nome dessa guerra contra o comunismo. De fato, a respeito da dita doutrina, e graças à intervenção norte-americana, foram muitos os governos autoritários que encontraram o respaldo político de que necessitavam para nascer e/ou consolidar-se no tempo. Videla e seus sucessores na Argentina; Hugo Banzer na Bolívia; Augusto Pinochet no Chile; Turbay Ayala na Colômbia; Anastasio Somoza em Nicarágua; Alfredo Stroessner no Paraguai; o general Bordaberry no Uruguai etc.

23. De todo modo, foram várias as razões pelas quais a tradicional crítica antipresidencialista que havia crescido no pós-ditadura começou a perder peso anos depois. Juntamente aos fatos antes referidos, cabe citar também a reduzida fé nos descobrimentos teóricos dos anos 1980. Com efeito, naqueles anos, foi aberta uma polêmica, que segue até hoje, acerca das correlações existentes entre o hiperpresidencialismo e a instabilidade democrática: deixou de ser óbvio, como poderia ter parecido em um momento, que existia uma correlação poderosa entre ambos os termos (a discussão pode ser observada, por exemplo, em CHEIBUB;

LIMONGI, 2002; EATON, 2000; LINZ; VALENZUELA, 1994; NINO, 1987, 1992; O'DONNELL, 1994; PRZEWORSKI *et al.*, 2000; RIGGS, 1987; SAMUEL; EATON, 2002; SHUGART; CAREY, 1992; SHUGART; MAINWARING, 1997; UNGER, 1987). Em um conhecido estudo sobre o tema, por exemplo, Shugart e Carey procuraram demonstrar que não havia “justificativa para a asserção de Linz e outros de que o presidencialismo tende inerentemente a sofrer crises que levam a rupturas” (SHUGART; CAREY, 1992); e em outro trabalho cuja orientação é similar, Shugart e Mainwaring (sem questionar a relação entre presidencialismo e rupturas institucionais), defenderam que eram outras as verdadeiras causas da instabilidade do presidencialismo (SHUGART; MAINWARING, 1997). Discutindo esta literatura ver, por exemplo, ALEGRE, 2006.

24. Poderíamos agregar casos como os de Ernesto Samper na Colômbia, em 1996, e Luis González Macchi no Equador, em 2001. Ambos os presidentes submetidos também a julgamento político, o qual obviamente impactou de modo drástico em suas carreiras políticas, apesar de serem ambos, por fim, absolvidos.

25. Tomo esses dados, fundamentalmente de Pérez Liñán (2009).

26. Em matéria de direitos, um primeiro percurso pelos textos vigentes (que incluem, evidentemente, diferenças relevantes entre os distintos casos, que esta primeira análise apenas revela) nos permite reconhecer dados como os seguintes (a informação provém de GARGARELLA; FILIPPINI; CAVANA, 2011). As atuais Constituições da América Latina outorgam *status* constitucional:

i) A proteção do meio ambiente (Argentina, art. 41; Bolívia, art. 33; Brasil, art. 22; Chile, art. 19, item 8; Colômbia, art. 79; Costa Rica, art. 50; Equador, art. 14; El Salvador, art. 117; Guatemala, art. 97; Honduras, art. 143; México, art. 4; Nicarágua, art. 60; Panamá, art. 118; Paraguai, art. 7; Peru, art. 2; República Dominicana, art. 66; Uruguai, art. 47; Venezuela, art. 117).

ii) A cultura (Argentina, art. 75, item 22; Bolívia, arts. 21 e 30; Brasil, art. 23; Chile, art. 19, inc. 10; Colômbia, art. 70; Costa Rica, art. 77 e segs.; Equador, art. 21; El Salvador, art. 53; Guatemala, art. 57; Honduras, art. 151; México, art. 4; Nicarágua, art. 58; Panamá, art. 80; Paraguai, art. 73; Peru, art. 2; República Dominicana, art. 64; Venezuela, art. 101).

iii) A saúde (Argentina, art. 75, item 22; Bolívia, art. 18; Brasil, art. 6; Chile, art. 19, item 10; Colômbia, art. 49; Costa Rica, art. 46; Equador, art. 32; El Salvador, art. 1; Guatemala, art. 93; Honduras, art. 145; México, art. 4; Nicarágua, art. 59; Panamá, art. 109; Paraguai, art. 68; Peru, art. 7; República Dominicana, art. 61; Venezuela, art. 83).

iv) A educação (Argentina, art. 75, item 22; Bolívia, art. 17; Brasil, art. 6; Chile, art. 19, item 9; Colômbia, art. 67; Costa Rica, art. 77 e segs.; Equador, art. 27; El Salvador, art. 53; Guatemala,

art. 71; Honduras, art. 153; México, art. 3; Nicarágua, art. 58; Panamá, art. 91; Paraguai, art. 73; Peru, art. 13; República Dominicana, art. 63; Uruguai, arts. 70, 71; Venezuela, art. 102).

v) A alimentação (Argentina, art. 75, item 22; Bolívia, art. 16; Brasil, art. 6; Colômbia, art. 44; Costa Rica, art. 82; Equador, art. 13; Guatemala, art. 99; Honduras, art. 123; México, art. 4; Nicarágua, art. 63; Panamá, art. 56; Paraguai, art. 57; República Dominicana, art. 54; Venezuela, art. 305).

vi) A moradia (Argentina, art. 75, item 22; Bolívia, art. 19; Brasil, art. 6; Colômbia, art. 51; Costa Rica, art. 65; Equador, art. 30; El Salvador, art. 119; Guatemala, art. 118; Honduras, art. 178; México, art. 4; Nicarágua, art. 64; Panamá, art. 117; Paraguai, art. 100; República Dominicana, art. 59; Uruguai, art. 45; Venezuela, art. 82).

vii) O trabalho (Argentina, art. 14; Bolívia, art. 46; Brasil, art. 6; Chile, art. 19, inc. 16; Colômbia, art. 25; Costa Rica, art. 56; Equador, art. 33; El Salvador, art. 2; Guatemala, art. 101; Honduras, art. 127; México, art. 123; Nicarágua, art. 80; Panamá, art. 64; Paraguai, art. 86; Peru, art. 22; República Dominicana, art. 62; Uruguai, art. 7; Venezuela, art. 87).

viii) A vestimenta (Argentina 75, item 22; Brasil, art. 7; Costa Rica, art. 82; Equador, art. 66).
Além disso, elas:

ix) Promovem a igualdade de gênero (Argentina, art. 37; Bolívia, arts. 11, 15 e 26; Colômbia, art. 40; Costa Rica, art. 95; Equador, art. 65; Nicarágua, art. 48; Paraguai, art. 48; República Dominicana, art. 39; Venezuela, art. 88).

x) Afirmam a existência de um Estado ou uma identidade nacional plural ou multicultural (Bolívia, Colômbia, Equador, Paraguai, no, art. 1 de suas respectivas Constituições; México, art. 2; Nicarágua, art. 5; Peru, art. 2, inc. 19; Venezuela, art. 6).

xi) Ordenam ações afirmativas (Argentina, art. 75, inc. 23; Bolívia, art. 71; Colômbia, art. 13; Equador, art. 65; México, art. 2, alínea b; Nicarágua, arts. 48, 56 e 62; Paraguai, art. 46; República Dominicana, arts. 39 e 58; Venezuela, art. 21).

xii) Incluem mecanismos de iniciativa popular (Argentina, art. 39; Bolívia, art. 162; Brasil, art. 14; Colômbia, art. 155; Costa Rica, art. 123; Equador, art. 103; Guatemala, art. 277; Honduras, art. 5; Nicarágua, art. 140; Panamá, arts. 238 e 314; Paraguai, art. 123; Peru, art. 107; República Dominicana, art. 97; Uruguai, art. 79; Venezuela, art. 70).

xiii) Incorporam a instituição do congresso aberto ou popular (Bolívia, art. 11; Colômbia, art. 103; Equador, art. 100; Panamá, art. 151; República Dominicana, art. 30; Venezuela, art. 70).

xiv) Consagram formas de controle popular sobre políticas públicas (Bolívia, art. 241; Brasil, arts. 10, 194, 198 e 204; Colômbia, arts. 103 e 270; Equador, art. 100; Guatemala, art. 98; México, art. 26; Nicarágua, arts. 138, 196; Panamá, art. 233).

xv) Estabelecem o referendo ou a consulta popular (Argentina, art. 40; Bolívia, art. 11;

Brasil, art. 14; Colômbia, arts. 103 e 374; Costa Rica, art. 105; Equador, art. 104; Guatemala, art. 173; Honduras, art. 5; México, art. 26; Nicarágua, art. 2; Panamá, arts. 238, 313 e 325; Paraguai, arts. 121 e 122; Peru, arts. 32 e 176; República Dominicana, arts. 203, 210 e 272; Uruguai, arts. 79 e 331; Venezuela, arts. 71 e 73).

xvi) Incluem o mecanismo de revogação de mandatos (Bolívia, art. 240; Colômbia, art. 103; Equador, art. 105; Panamá, art. 151; República Dominicana, art. 30; Venezuela, art. 72).

xvii) Outorgam *status* constitucional ou supralegal aos tratados de direitos humanos (Argentina, art. 75, inc. 22; Bolívia, art. 256; Brasil, art. 5; Colômbia, art. 93; Costa Rica, art. 7; Equador, art. 417; El Salvador, art. 144; Guatemala, art. 46; Honduras, art. 18; Paraguai, art. 141; Peru, art. 56; República Dominicana, art. 74; Venezuela, art. 23).

27. Somam 192 na história, e 102 no século XX.

28. Conforme a sua análise, ciclos restritivos em matéria de poderes presidenciais (como o iniciado em 1978) são seguidos, posteriormente, por outros de orientação contrária, destinados a promover as reeleições (como o iniciado em 1993).

29. Segundo Negretto (2011a), as regras referentes à reeleição eleitoral, e os termos do mandato dos Presidentes, foram os mais instáveis na história da região. Em outro artigo recente, Negretto admite, ao mesmo tempo, que houve outras reformas que entraram em choque com as primeiras.

30. É um fato que, habitualmente, e em função de aprovar reformas autointeressadas, movidas por pretensões de muito curto prazo, agreguem – seja como escudo para proteger o anterior, seja como oportunidade que a oposição aproveita – reformas mais interessantes, que possam ser valiosas em longo prazo (UPRIMNY, 2011). Como exemplo, a Constituição argentina de 1994, motivada substantivamente pelas ambiciosas reeleições do presidente em exercício na época, acabou por consagrar outras modificações importantes, como o reconhecimento do direito das minorias, a novidade das ações judiciais coletivas ou a hierarquia constitucional de compromissos relevantes em matéria de direitos humanos. O que ocorreu na Argentina representa uma pauta generalizada na região. Daí que as reformas do final do século e início do novo, se bem que motivadas por um indesejável caráter de curto de prazo, puderam trazer consigo outras mudanças mais atrativas, que se vinculavam com o ar dos tempos: preocupações multiculturais; direitos de grupos; novos direitos ambientais. Estas reformas incluíram, por sua vez, algumas respostas destinadas a enfrentar alguns dos piores legados da mais dura etapa do hiperpresidencialismo: poderes judiciais submetidos à política; legislativos

anêmicos; um processo crescente de desconfiança na política e uma quebra de relações entre representantes e representados. E, em alguns casos, excepcionalmente, reformas consideravelmente imperfeitas, articularam-se claramente em torno de problemas constitucionais fundamentais, bem identificados.

31. A dita imagem é consistente com outra, coerente com a anterior e que nos refere não aos fins e compromissos das constituições realmente existentes, mas sim à prática efetiva de sua criação. Essa imagem sugere a presença de dois grupos de técnicos que trabalham ao mesmo tempo sobre a mesma constituição, mesmo que especializados em distintas seções e, portanto, em tarefas diferentes: os primeiros, centrados na organização das instituições políticas; os segundos, entretanto, centrando sua tarefa sobre a seção dos direitos (A imagem, além do mais, condiz com o que uma aproximação impressionista nos sugere em torno dos processos constituintes recentes: grupos de juristas com presença direta no poder dominante, ocupando-se da parte orgânica da constituição e grupos de juristas “progressistas” – oficialistas ou não – ocupando-se do reforço da seção dos direitos).

32. O grande “drama” que pareceu marcar a história da nova Constituição – a de 2008 – foi outro, mais bem relacionado com alguma das “tragédias institucionais” mais importantes dos anos anteriores, isto é, a produção de destituições presidenciais fora de norma, por meio de julgamentos políticos disputáveis nas formas e na substância. Disso que o constituinte de 2007/2008 atentou-se melhor à necessidade de evitar julgamentos políticos irregulares por meio da declaração de cessação do Presidente da República, algo que se repetiu em três oportunidades desde 1997 (fato este que encontraremos por trás de uma das principais inovações trazidas pela Carta de 2008, isto é, a instituição da *muerte cruzada* entre Executivo e Legislativo).

33. Ou também que “a Constituição reforça sobremaneira as funções do presidencialismo [...] o planejamento do desenvolvimento, peça central na definição da política pública [...] aparece [...] como prerrogativa e responsabilidade exclusiva do Executivo, com nenhuma participação da representação política e com limitadas funções de participação da sociedade na definição de prioridades e orientações de política[...]a sociedade reduz sua participação a uma limitada função de observância e controle” (ECHEVERRÍA, 2009, p. 16; mas também, de modo similar, ÁVILA SANTAMARÍA, 2009; GARGARELLA, 2008).

34. Entretanto, e diante de tais possibilidades, há de ser dito que a saída da *muerte cruzada* pode ser dada uma vez; é ao extremo dramática; requer uma altíssima porcentagem de votos (dois terços dos congressistas); e envolve a “morte” no cargo de seus próprios promotores.

35. Ver, por exemplo, e especialmente, o veto presidencial sobre a Lei Orgânica de Participação Cidadã, disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/pleno_se_

allano_al_veto_presidencial_seis_articulos_y_la_disposicion_transitoria_de_la_ley>. Acesso em 31 out. 2016.

36. Para Acosta, o conflito mais preocupante da etapa pós-constitucional é representado, justamente, pelo que se observa entre “o que se escreveu na nova Constituição de Montecristi, com uma altíssima participação popular, e o que está fazendo o governo de Correa, que também apoiou a Constituição”. Em tal sentido, nenhum fato lhe parece mais grave que o de não se gerarem “as condições para uma ampla e ativa participação dos movimentos sociais” (disponível em: <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=91644>>. Acesso em 31 out. 2016). Acosta se refere, em particular, a alguns dos principais projetos normativos discutidos desde então, com baixa participação popular, e que incluem a “lei de mineração [...] a lei de soberania alimentar” e “o projeto da lei das águas” (idem). Em particular, Acosta mostra-se surpreso com o fato de que “aqueles que elaboraram a nova Constituição não considerem o que foi aprovado e mais ainda com relação ao Governo”, especialmente nas áreas diretamente relacionadas com a participação popular (por exemplo, a eleição dos membros da Comissão de Participação Cidadã e Controle Social, que segundo Acosta foram conduzidos de forma irregular). Disponível em: <[http://www.ciudadaniainformada.com/noticias-politica-ecuador0/noticias-politica-ecuador/browse/66/ir_a/politica/article//alberto-acosta-convoca-a-los-ciudadanos-a-hacer-que-se-respete-la-constitucion.html?tx_ttnews\[calendarYear\]=2008&cHash=644813ba86](http://www.ciudadaniainformada.com/noticias-politica-ecuador0/noticias-politica-ecuador/browse/66/ir_a/politica/article//alberto-acosta-convoca-a-los-ciudadanos-a-hacer-que-se-respete-la-constitucion.html?tx_ttnews[calendarYear]=2008&cHash=644813ba86)>. Acesso em 03 abr. 2013.

37. Examinando o ocorrido, Ávila Santamaría se refere, desse modo, a dois temas mais gerais. Por um lado, assinala que “a ideia de democracia direta nunca deveria ser um meio para restringir direitos” (ÁVILA SANTAMARÍA, 2011, p. 305) e, por outro lado, afirma, de modo claro, que “o garantismo e o presidencialismo não se ajustam” (ÁVILA SANTAMARÍA, 2011, p. 300). Acima de tudo, e sem pretendermos discussões que nos levariam para além, poderíamos assinalar que o projeto e a implementação de mecanismos participativos deveriam ser vinculados com a discussão prévia sobre a teoria democrática. A dita teoria deveria nos esclarecer acerca do domínio da autoridade democrática (até onde vai a soberania popular? Alcança também, por exemplo, o denominado âmbito do privado ou pessoal?), e também nos dar dicas mais firmes a respeito dos meios para se colocar em prática tais mecanismos (por exemplo, do ponto de vista de uma concepção deliberativa da democracia, nunca seriam aceitáveis mecanismos e perguntas como as que apareceram no Equador, dado seu completo desvínculo com a finalidade de substanciar e fortalecer a discussão pública). Por outro lado, e ainda coincidindo com Santamaría no que diz respeito à tensão que reconhece entre presidencialismo e direitos, destacaríamos algumas diferenças a esse respeito. Para o jurista equatoriano, “o presidencialismo apenas é legítimo se se torna um meio para conquistar a promoção e a proteção de direitos” (ÁVILA

SANTAMARÍA, 2011, p. 300). Entretanto, a dita afirmação minimiza o caráter estrutural do problema em jogo (a tensão entre direitos e democracia sempre será, e de modo esperado e facilmente se observará, agravada por sistemas do poder), presume uma visão estática dos direitos e um conteúdo autoevidente para estes (quando os direitos se constroem em diálogos inacabados e estão sempre sujeitos a interpretações abertas à discussão).

38. Como disse a pesquisadora, “a simultânea adoção de projetos neoliberais e direitos indígenas nas constituições, entre outros favores, teve como consequência prática a neutralização dos novos direitos conquistados” (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 129).

39. Negretto, por exemplo, quer explicar o que vê como uma contradição por meio da “dupla natureza” das constituições: já que funcionam como “estruturas de governo” e como “estruturas de poder”, assinala que as constituições concentrariam preocupações referentes tanto à qualidade e efetividade do regime democrático como preocupações partidárias sobre o impacto que a eleição constitucional teria sobre os interesses pessoais e grupais de quem as projetam (NEGRETTO, 2011b, p. 1804). O autor apresenta essa explicação como uma de “dois níveis” e com ela deixa de lado outras explicações mais tradicionais sobre ações e decisões desse tipo: as explicações econômicas, baseadas em teorias cooperativas que presumem que o projeto constitucional busca resultados cooperativos; e as explicações baseadas em teorias distribucionais, favorecidas por cientistas políticos e que as estudam com relação a seu impacto para ganhar influência e eleições (NEGRETTO, 2011b).

40. Isso não impede que, ao mesmo tempo, se trabalhe por outra maneira de interpretar a constituição, que reconheça a mútua dependência entre essas distintas esferas do texto constitucional. Desse modo, pensou-se a questão, por exemplo, na decisão T-406 de 1992, que teve como orador o Magistrado Ciro Angarita, em que a Corte Constitucional Colombiana declarou que: “A Constituição está concebida de tal maneira que a parte orgânica desta apenas adquire sentido e razão de ser como aplicação e execução dos princípios e dos direitos inscritos na parte dogmática desta. A carta de direitos [...] a participação cidadã, a estrutura do Estado, as funções dos poderes, os mecanismos de controle, as eleições, a organização territorial e os mecanismos de reforma, compreendem-se e se justificam como transmissão instrumental dos princípios e valores constitucionais. Não é possível, desse modo, interpretar uma instituição ou um procedimento previsto pela Constituição fora dos conteúdos materiais expressados nos princípios e direitos fundamentais”. Convém voltar a insistir, de todos os modos, que este valioso reconhecimento não serve muito sem uma prática de mobilização e ativismo políticos que assegurem a restrição dos poderes constitucionalmente delegados.

41. Segundo Rossi e Filippini, que focaram sua atenção para o estudo dos direitos sociais e do direito internacional, a mudança que operaram os tribunais inclui atividades como as seguintes: Eles i) aplicaram normas específicas contidas nos tratados dos direitos humanos; ii) utilizaram normas internacionais com pautas de interpretação da normativa interna; iii) utilizaram normas internacionais como complemento da normativa interna; iv) consideraram as interpretações dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos para definir o alcance das obrigações estatais e o conteúdo dos direitos reconhecidos nos acordos e declarações; v) consideraram conceitos e interpretações efetuadas por órgãos internacionais para moldar a hermenêutica constitucional; e vi) aplicaram decisões de órgãos internacionais judiciais ou quase judiciais em casos individuais (ROSSI; FILIPPINI, 2010).

42. Estas e outras alternativas de incorporação em Dulitzky (1998).

43. “Simón, Julio e outros”, de 14 de junho de 2005.

44. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_espl.pdf>. Acesso em 18 ago. 2016.

45. Uma questão que poderia respaldar, por exemplo, a nulidade da autoanistia ditada pelos militares argentinos, antes de abandonar o poder (com uma crítica similar à promovida pelo filósofo Carlos Nino, na época, e logo abraçada pelo Congresso argentino, ao declarar a nulidade daquela norma); ou a invalidade da autoanistia promovida pelo presidente peruano Alberto Fujimori, após afirmar-se de modo ilegítimo no poder (autoanistia objetada, por outras razões, pela própria Corte Interamericana, no citado caso “Barrios Altos”).

46. Alguns autores disseram que críticas como as exploradas nos parágrafos anteriores são irrelevantes: a única coisa que importa é que o processo de decisão ou julgamento seja irrepreensível (LUBAN, 2004). No entanto, ainda em face de procedimentos impecáveis (*champagne-quality*), a pergunta mais importante – a pergunta sobre a autoridade do direito, nesses casos – se mantém viva: “o procedimento do julgamento foi perfeito, mas [...] quem é o senhor para me julgar?” DUFF (2008). Segundo entendo, a comunidade internacional, em geral, e a elite jurídica latino-americana, em particular, devem fazer esforços ainda importantes para não voltar a cair em novas formas de positivismo extremo ou “positivismo ideológico” injustificáveis, como as que existiram nas piores épocas da vida política regional. A subscrição de uma leitura dogmática do direito se torna (o velho positivismo ou o neopositivismo ideológico), em todos os casos, objetável.

47. O mesmo caráter não ameaçador dessas mudanças talvez seja a razão que explica a concreção dessas reformas, mas agora não necessitamos nos atentar sobre esse interrogante ou

resolvê-lo. Além disso, o tal sigilo inicial das reformas promovidas não explicaria a persistência no tempo que as mencionadas mudanças mostraram.

48. Outro caso interessante a considerar, seria o das reformas eleitorais no México, 2007-2008. Ver a respeito, por exemplo, Córdova e Salazar (2008).

49. A dita negligência parecia apoiada pela enorme rotatividade dos legisladores, que não sofreriam, desse modo, o impacto da reforma sobre si mesmos (a média de rotatividade dos legisladores, em cada eleição, desde 1950 e até o início dos anos 1990, era de 80%, e a porcentagem aumentou para 88% para o Congresso de 2006-2010, WILSON, 2010, n. 8, p. 184).

50. O art. 333, por exemplo, assinala que “O Estado, por mandato da lei, impedirá que se obstrua ou se restrinja a liberdade econômica e evitará ou controlará qualquer abuso que pessoas ou empresas façam em sua posição dominante no mercado nacional”.

51. Mesmo que a tutela represente a mais conhecida e influente das novas vias de reclamo criadas pela reforma, não é a única, visto que esta foi acompanhada pela *ação popular, ação coletiva e ação de descumprimento*.

52. Entre eles: como conceber a liberdade de expressão, adiante da circunstância de que amplos setores da sociedade carecem de “voz” política para comunicar suas exigências e dialogar com seus representantes? Pode-se continuar considerando que são produzidas violações de direitos expressivos, somente, por meio de ações, como as ações de censura? E como avaliar o conteúdo expressivo de atos não discursivos (por exemplo o fechamento de ruas, o ato de jogar pedras contra um funcionário público, a ameaça de funcionários em suas residências particulares)? Devem ser considerados atos semelhantes como atos total ou parcialmente protegidos por seu aspecto ilocucionário? E quais ambientes devem ser reconhecidos como “lugares públicos” especialmente protegidos? Apenas as ruas e as praças principais, como defende a doutrina tradicional, ou também os outros ambientes (muitas vezes, em parte públicos, em parte privados – as “praças” da época moderna) em que as pessoas costumam circular ou se reunir atualmente (por exemplo, um *shopping center*, um estádio de futebol, um aeroporto)?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ABOY CARLÉS *et al.* “Debate sobre el populismo”. *Jornada “La política, qué problema”*. 13 de outubro de 2005, Instituto de Desarrollo Humano, Universidad General Sarmiento, 2005.
- : _____. “Populismo, regeneracionismo y democracia”. *Postdata*, Buenos Aires, v. 15, n. 1, 2010.
- : _____. “Populismo y democracia en la Argentina contemporánea. Entre el hegemonismo y la refundación”. *Estudios Sociales, Revista universitaria semestral*, ano XV, n. 27, primeiro semestre, 2005.
- : _____. “Repensando el populismo”. *Revista Política y Gestión*, Buenos Aires, n. 5, 2002.
- : ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Barcelona: Trotta, 2005.
- : ABREGÚ, M.; COURTIS, C. *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Del Puerto-PNUD, 1998.
- : ACKERMAN, B. *The Decline and Fall of the American Republic*. Harvard: Harvard University Press, 2010.
- : _____. “Storrs lectures: discovering the constitution”. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1013-1072, 1984.
- : _____. “The new separation of powers”. Cambridge: *113 Harvard L. Rev.*, p. 634-42, 2000.
- : ACOSTA A. “El buen vivir: una oportunidad para construir”. *Ecuador debate*, Quito, 75, 33-48, 2008.
- : ACUÑA, C.; SMULOVITZ, C. “Adjusting the armed forces to democracy. Successes, failures and ambiguities in the southern cone”. In: E. JELIN; E. HERSCHBERG. *Constructing democracy. Human rights, citizenship and society in Latin America*. Boulder: Colorado, 1996.
- : AGUILAR ANDRADE, J. P. “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción”. In: ANDRADE, S. *et al.*, *La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.

- : AGUILAR RIVERA, J. A. *En pos de la quimera*. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- : _____. “Alamán en el período de Bustamante”. In: RIVERA, J. A. (ed.) *Lucas Alamán, Examen Imparcial de la Administración de Bustamante*. México: Conaculta, 2008.
- : AGUILAR, G.; LAFOSSE, S.; ROJAS, H.; Steward, R. “Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina”. *SSRC, Conflict Prevention and Peace Forum*, 2010.
- : AGUIRRE, I. *Rafael Núñez*. Bogotá: Librería Siglo XXI, 1944.
- : ALAMÁN, L. *Los imprescindibles*. México: Mazatlán, 1997.
- : ALBARRACÍN, B. J. de. *Documentos para la historia del derecho constitucional boliviano*. La Paz, 1978.
- : ALBERDI, J. B. *Obras completas de Juan Bautista Alberdi*. Buenos Aires: Imprenta La Tribuna Nacional, 1886.
- : _____. *Obras selectas*. Buenos Aires: La Facultad, 1920.
- : _____. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Plus Ultra: Buenos Aires, 1981.
- : _____. *Estudios sobre la Constitución Argentina*. Buenos Aires: El Ateneo, 1929.
- : ALEGRE, M. “Democracy without Presidents”. 2 de maio de 2006. Disponível em: <<http://marceloalegre.blogspot.com.br/2006/05/democracy-without-presidents1-marcelo.html>>. Acesso em 5 nov. 2016.
- : ALONSO, P. *Between revolution and the ballot box: the origins of the argentine radical party in the 1890s*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- : ALVAREZ TABIO, F. *Comentarios a la Constitución Socialista*. La Habana: Editorial de las Ciencias Sociales, 1985.
- : ANDRADE, S. *et al. La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- : ÁNGELIS, P. de. *Acusación y defensa de Rosas*. Buenos Aires: Editorial La Facultad, 1946.

- : ANGELL, A. “The left in Latin America since c. 1920”. In: BETHELL, L. (ed.). *The Cambridge History of Latin America*. Cambridge, v. 6, parte 2, p. 163-233, 1994.
- : ANTECEDENTES de la Constitución de Colombia de 1886. In: *Complemento a la Historia Extensa de Colombia*. Bogotá: Plaza y Janés, 1983, v. VIII.
- : ARANGO, L. M. *Historia política del radicalismo del siglo XIX*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2007.
- : ARIZA, L. *Derecho. Saber e identidad indígena*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.
- : ARREOLA CORTÉS, R. *Melchor Ocampo*. Textos Políticos. México: Secretaría de Educación Pública, 1975.
- : ARTEAGA ALEMPARTE, J. *La reforma*. Santiago de Chile: Imprenta La Libertad, 1870.
- : ATRIA, F. “Existen derechos sociales?”. *Discusiones. DOXA*. n. 4, Alicante, 2004.
- : ÁVILA SANTAMARÍA. *Desafíos constitucionales*. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Tribunal Constitucional del Ecuador, 2009.
- : _____. *El neoconstitucionalismo transformador*. El estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- : AWAPARA, O. “Espacio se llega lejos: cambio institucional, instituciones latentes y el caso de la Presidencia del Consejo de Ministros”. In: *Apuntes* 67, n. 2, p. 5-36, 2010.
- : AZCUY, H. *Análisis de la Constitución Cubana y otros ensayos*. Instituto Cubano de Investigación: Ruth Casa Editorial, 2010.
- : BADARÓ MATTOS, M. “O governo João Goulart: novos rumos da produção historiográfica”. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 28, n. 55, p. 245-263, p. 2008.
- : BALKIN, J. “Agreements with Hell and Other Objects of Our Faith”. *65 Fordham Law Review* 1703, 1997.
- : BARBOSA, R. *Queda do Império*. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Castilho, 1921.
- : _____. *Conferencias y discursos*. Buenos Aires: Biblioteca de autores brasileños, 1939.
- : BARRERA, H. P. *La Revolución Cubana en el espejo de su Constitución*. Manuscrito. Buenos Aires, 1988.
- : BARRETO, A. *Venturas y desventuras de la Regeneración*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.

- : BARRÓN, L. “Liberales y conservadores: Republicanismo e ideas republicanas en el siglo XIX en América Latina”. Manuscrito apresentado em Latin American Studies Association. Washington D.C., 2001.
- : BARROS, C. *Alberdi periodista en Chile*. Buenos Aires: Imprenta Verlap, 1997.
- : BARROS, R. *Constitutionalism and Dictatorship*. Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- : BARROSO, R.; BARCELLOS, A. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: SILVA, V. A. da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- : BASADRE, J. *Historia de la República del Perú*. Lima: Editorial Cultura Antártica, 1949.
- : BATEMAN, A. *Manuel Murillo Toro*. Bogotá: Academia Colombiana de Historia, 1978.
- : BAUZA, F. *Estudios constitucionales*. Montevideo: Editorial de la Librería Nacional, 1887.
- : BAXI, I. *The Indian Supreme Court and Politics*. Lucknow: Eastern Book Company, 1980.
- : BELAÚNDE, V. *Bolívar and the Political Thought of the Spanish American Revolution*. New York: Octagon Books, 1967.
- : BELLO, A. *Selected Writings*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- : BERCOVICI, G. “Estado intervencionista e constituição social no Brasil: o silêncio ensurdecido de um diálogo entre ausentes”. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- : _____. “Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1960)”. In: *História do direito em perspectiva*. Do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- : BERGALLO, P. “Courts and social change: lessons from the struggle to universalize access to HIV/AIDS treatment in Argentina”. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1611-1642, 2001.
- : BHAGWATI, P. “Judicial activism and public interest litigation”. *23 Columbia Journal of Transnational Law* 561, 1985.
- : BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*. New Haven. Conn.: Yale University Press, 1962.

- : BILBAO, F. “El gobierno de la libertad”. *Francisco Bilbao, 1823-1865*. Santiago de Chile: Editorial Cuarto Propio, 2007.
- : _____. *Obras completas*. Buenos Aires: Imprenta de Buenos Aires, 1886, v. I.
- : BOFFI BOGGERO, L. *Tres centenarios de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Ediciones Pizarro, 1975.
- : BOLÍVAR, S. *Bolívar. Obras Completas*. La Habana: Editorial Lex, 3 v., 1950.
- : _____. *Doctrina del Libertador*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1976.
- : BONILLA, D.; ITURRALDE, M. *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2005.
- : BORK, R. “The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution”. *1979 Washington University Law Quarterly* 695, 1979.
- : BOSSANO, G. *Evolución del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: Talleres Eloy Alfaro, 1959.
- : BOTANA, N. “La transformación del credo constitucional”. *Estudios Sociales*. Universidad Nacional del Litoral, 1996.
- : BREÑA, R. *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América. 1808-1824*. México: El Colegio de México, 2006.
- : BRINKS, D.; FORBATH, W. “Commentary: social and economic rights in Latin America: constitutional courts and the prospects for pro-poor interventions”. *Texas Law Review*. v. 89, n. 7, p. 1943-1956, 2011.
- : BROWN, R. “Shays’s rebellion and its aftermath: a view from Springfield. Massachusetts. 1787”. *William and Mary Quarterly*. v. XL, n. 4, out. 1983.
- : _____. *Middle-Class Democracy and the Revolution in Massachusetts*. Ithaca: Cornell University Press, 1955.
- : _____. *Revolutionary Politics in Massachusetts*. The Boston Committee of Correspondence and the Towns. 1772-1774. Cambridge: Harvard University Press, 1970.
- : BROWN, W. “Rights and losses”. In: _____. *States of Injury: power and freedom in late modernity*. Princeton: Princeton University Press, 1991.

- : CALMÓN, P. *História da Civilização Brasileira*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.
- : _____. *História de Brasil*. Rio de Janeiro: José Olympio. v. 4 e 5. 1959.
- : CAMACHO ROLDÁN, S. *Memorias*. Bogotá: Librería Colombiana, 1923.
- : CAMPOS, F. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.
- : CARBONELL, M. “La reforma constitucional en materia de derechos humanos: principales novedades”. Disponível em: <<http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>>. Acesso em 31 out. 2016.
- : _____.; SALAZAR, P. (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- : CARMONA, S. V. *El poder ejecutivo latinoamericano*. México: Universidad Nacional Autónoma. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979.
- : CARPIZO, J. *La Constitución mexicana de 1917*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- : CARVALHO, J. M. de. *La formación de las almas*. Buenos Aires: Univ. de Quilmes, 1995.
- : CASTRO, F. *et al.* “Manifiesto de la Sierra”. Disponível em: <<http://es.scribd.com/doc/37311105/1957-M-26-7-Sierra-Manifiesto-Fidel-Castro-Felipe-Pazos-Raul-Chibas>>. Acesso em 31 out. 2016.
- : CASTRO, R. S. *Juan Egaña*. Antología. Santiago de Chile: Editora Andrés Bello, 1969.
- : CAVAROZZI, M.; ABAL MEDINA, J. *El asedio a la política*. Los partidos latinoamericanos en la era neoliberal. Rosario: Homo Sapiens, 2002.
- : CEDOZ, *Centro de Documentación sobre Zapatismo*. Disponível em: <<http://www.cedoz.org/site/>>.
- : CELS. “La incidencia del derecho a la participación política en los reclamos territoriales indígenas”. Disponível em: <http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2005_cap_15.pdf>. Acesso em 31 out. 2016.
- : CEPEDA, M. “Judicial activism in a violent context: the Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”. *3 Washington University Global Studies Law Review* 259, 2004.

- : CEPEDA, M. *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis, 1997.
- : _____. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, 2007.
- : CHAPEAU, J. P. “Consideraciones en torno al concepto de Constitución”. *Revista Jurídica*, n. 13, año IV, p. 184-197, 1986.
- : CHEIBUB, J.; LIMONGI. F. “Modes of Government Formation and the Survival of Democratic Regimes: Presidentialism and Parliamentarism Reconsidered”. *Annual Review of Political Science* 5, p. 151-179, 2002.
- : _____.; ELKINS. Z.; GINSBURG. T. “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.701-1.741, 2011.
- : CHIARAMONTE, J. C. *Ciudades, provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Ariel, 1977.
- : COHEN, J. Rousseau. *A free Community of Equals*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- : COLLIER, S. *Ideas and politics of chilean independence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1967.
- : _____.; SATER. W. *A History of Chile. 1808-1994*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- : COMELLA, V. F. *Constitutional Courts and Democratic Values*. New Haven: Yale University Press, 2009.
- : CÓRDOVA, L.; SALAZAR. P. *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- : CORREA SUTIL, J. “The Judiciary and the Political System in Chile: The Dilemmas of Judicial Independence During the Transition to Democracy”. In: STOTZKY, Irwin (ed.). *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*. Boulder: Westview Press, 1993.
- : CORREA, R. *La Convención de Río Negro*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1937.
- : COSSÍO VILLEGAS, D. *La Constitución de 1857 y sus críticos*. México: Buenos Aires, 1957.
- : COSSÍO VILLEGAS, J. *Cambio social y cambio jurídico*. México: ITAM, 2001.

- : COURTIS, C. “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”. In: GARGARELLA *et al.* *Courts and Social Transformation in New Democracies*. London: Ashgate, 2006.
- : COUSO, J. “The changing role of law and courts in Latin America”. In: GARGARELLA, R. *et al.* (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*. London: Ashgate, 2006.
- : _____. “The politics of judicial review in Chile in the Era of Democratic Transition. 1990-2002”. In: GLOPPEN, S. *et al.* *Democratization and the Judiciary*. London: Ashgate, 2004.
- : CRAVEN, M. *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- : CRIADO, M. “El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas. Distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador”. *Revista general de derecho público comparado*. 2011.
- : CRISTI, R.; RUIZ-TAGLE, P. *La República en Chile*. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano. Santiago: LOM Ediciones, 2006.
- : DE CABO, A. “Las transformaciones institucionales”. In: LÓPEZ, J. Torres (coord.). *Venezuela a contracorriente*. Barcelona: Icaria, 2007.
- : _____. “Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. In: *Revista general de derecho público comparado*, 2011.
- : DE IPOLA, E.; PORTANTIERO, J. C. “Lo nacional popular y los populismo realmente existentes”. In: IPOLA, E. de. *Investigaciones políticas*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2003.
- : DEAS, M. “Colombia, Ecuador and Venezuela. c. 1880-1930”. In: BETHELL, L. (ed.). *The Cambridge History of Latin America*, v. 5, p. 641-684, 1986.
- : DEVOTO, J. P. *Historia de los partidos y de las ideas políticas en el Uruguay*. v. II. Montevideo: Editorial Río de la Plata, 1956.
- : _____. *Las ideas políticas de Bernardo P. Berro*. Montevideo: Impresora L.I.G.U., 1951.
- : DÍAZ-POLANCO, H. *La rebelión zapatista y la autonomía*. México: Siglo XXI, 1997.
- : DOCUMENTOS de la Conformación Institucional Argentina. 1782-1972. Buenos Aires: Poder Ejecutivo Nacional. Ministerio del Interior, 1972.

- : DOMINGO, P.; SIEDER, R. *Rule of Law in Latin America*. Londres: Institute of Latin American Studies, 2001.
- : DONOSO, R. *Las ideas políticas en Chile*. Santiago: Facultad de Filosofía y Educación, 1946, 1967.
- : _____. *Vicuña Mackenna, su vida, sus escritos y su tiempo*. Santiago de Chile: Editorial Francisco de Aguirre, 1977.
- : DORIA, A. de S. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Nacional, 1953.
- : DOS SANTOS, R. “Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil”. *Dados*, Rio de Janeiro. v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.
- : DUFF, A. “Authority and responsibility in international criminal law”. *Philosophy of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- : _____. “I Might be Guilty. But You Can’t Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial”. *1 Ohio St. J. Crim. L.* 245, 2004.
- : _____. “Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability”. *18 Oxford Journal of Legal Studies*, p. 189-206, 1998.
- : _____. *Punishment, Communication, and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- : _____; GARLAND, D. *A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- : DULITZKY, A. “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado”. In: ABREGÚ, M.; COURTIS, C. (comp.). *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Del Puerto-PNUD, 1998.
- : DWORKIN, R. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- : _____. *Freedom’s law*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- : _____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- : EATON, K. “Parliamentarism versus Presidentialism in the Policy Arena”. *Comparative Politics*. 2000.

- : ECHEVERRÍA, E. *Dogma socialista de la Asociación de Mayo*. Buenos Aires: Librería La Facultad, 1915.
- : ECHEVERRÍA, J. “El Estado en la Nueva Constitución”. In: ANDRADE, S. *et al.* (eds.). *La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- : _____. “Plenos poderes y democracia en el proceso constituyente ecuatoriano”. In: ECHEVERRÍA, J.; MONTÚFAR, C. (eds.). *Plenos poderes y transformación constitucional*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2008.
- : EDELMAN, P. “The Next Century of Our Constitution: Rethinking Our Duty to the Poor”. *39 Hastings Law Journal* 1, 23, 1987.
- : EGAÑA, J. *Juan Egaña*. Antología. Raúl Silva Castro (ed.). Santiago de Chile: Andrés Bello, 1969.
- : EIDE, A.; KRAUSE, C.; ROSAS, A. (eds.). *Economic, social and cultural: a textbook*. The Netherlands: Kluwer, 1994.
- : ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. “The Comparative Constitutions Project: A Cross-National Historical Database of Written Constitutions”. Disponível em: <<http://comparativeconstitutionsproject.org>>. Acesso em 2 dez. 2016.
- : ELSTER, J. “Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies”. *U. Pa. J. Const Law* 345, 2000b.
- : _____. “Constitutional bootstrapping in Paris and Philadelphia”. *Cardozo Law Review* 14, p. 549-76, 1993.
- : _____. *Salomonic Judgements*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- : _____. *Ulysses Unbound: Studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000a.
- : _____.; SLAGSTAD, R. (eds.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- : EPP, Ch. *The Rights Revolution*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.
- : EPSTEIN, D. *The Political Theory of the Federalist*. Chicago: The University of Chicago Press, 1984.

- : ESCASENA, J. *La evolución de la legalidad en Cuba*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1984.
- : ETCHEMENDY, S. *Models of economic liberalization: business, workers, and compensation in Latin America, Spain, and Portugal*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- : _____. “Las contradicciones del progresismo liberal”. *Le Monde Diplomatique*. Buenos Aires, abril, n. 154, 2012. Disponível em: <<http://www.eldiplo.org/154-el-subsuelo-en-disputa/las-contradicciones-del-progresismo-liberal?token=&nID=1>>. Acesso em 31 out. 2016.
- : FABRE, C. *Social rights under the Constitution*. Government and the Decent life. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- : FARBER, S. *Revolution; Reaction in Cuba*. 1933-1960. Connecticut: Wesleyan University Press, 1976.
- : FARRAND, M. (ed.). *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven: Yale University Press, 1937.
- : FAUSTO, B. *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2006.
- : FEER, R. *Shays's Rebellion*. New York: Garland, 1988.
- : FERRAZ, O. M. “Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil”. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1643-1668, 2011.
- : FERREYRA, Raúl. “1852. Orígenes. Sobre las bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución federal, en el tiempo”. *Contextos*. Defensoría del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. n. 3, 2012.
- : FISS, O. “Groups and the Equal Protection Clause”. *5 Philosophy; Public Affairs*, 107, p. 147-70, 1976.
- : FLORES, F. P.; CUNHA FILHO, C.; COELHO, A. “Participación ampliada y reforma del Estado. Mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia. Ecuador y Venezuela”. Disponível em: <biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20140310032836/09Perez.pdf>. Acesso em 5 nov. 2016.
- : FORBATH, W. “Constitutional Welfare Rights: a history, critique and reconstruction”. *69 Fordham Law Review* 1821, 2001.

- : FOWLER, W. *Mexico in the Age of Proposals. 1821-1853*. Connecticut: Greenwood Press, 1966.
- : FRANCO, A. *Arinos de Melo*. Curso de direito constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- : FREEMAN, M. *Burke and the Critique of Political Radicalism*. Oxford: Blackwell Publishers, 1980.
- : FRONDIZI, S. *La revolución cubana*. Montevideo: Editorial Ciencias Políticas, 1961.
- : FURTADO, C. “Obstáculos políticos ao crescimento econômico no Brasil”. *Revista Civilização Brasileira*, n. 1, p. 129-145, 1965.
- : GARAVITO, C. R.; Arenas, L. “The struggle of the U’wa people in Colombia”. In: GARAVITO, C. R.; Arenas, L.; SANTOS, B. S. *Law and globalization from below*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- : GARCÍA, A. “Colombia: medio siglo de historia contemporánea”. In: CASANOVA, P. G. (coord.). *América Latina*. Historia de medio siglo. v. 1. México: Siglo XXI, 1977.
- : GARCÍA, R. R. *El santo derecho a la herejía*. J. C. Guanche (ed.). La Habana: Ruth Casa Editorial, 2010.
- : GARCÍA MORENO, G. *Escritos y discursos de Gabriel García Moreno*. Quito: Imprenta del Clero, 1887.
- : GARCÍA VILLEGAS, M. *Constitucionalismo aspiracional*. Derecho y cambio social en América Latina. Manuscrito, 2012.
- : _____. “Law as hope. Constitutions. Courts and Social Change in Latin America”. Manuscrito apresentado no seminário Modernities. The new constitution and constitution-making powers. 22 de maio de 2001. Universidad Nacional de Colombia.
- : _____; SAFFÓN, M. “Is there Hope in Judicial Activism in Social Rights? Assesing the Dimension of Judicial Activism in Social Rights in Colombia”. Documento de trabalho. Bogotá: Dejusticia, 2005.
- : GARGARELLA, R. (coord.). *Derecho y grupos desaventajados*. Buenos Aires: Gedisa, 1999.
- : _____. “Cambiar la letra, cambiar el mundo”. *Ecuador debate*, Quito, 75, p. 93-96, 2008.

- : GARGARELLA, R. “Derecho y disociación. Un comentario a ‘¿Existen derechos sociales?’ de Fernando Atria”. *Discusiones. DOXA*, n. 4. Alicante, 2004.
- : _____. “Dialogic justice in the enforcement of social rights”. In: GLOPPEN, S.; YAMIN, A. *Litigating Health Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 2011b.
- : _____. “Fill representation, deliberation, and impartiality”. In: ELSTER, J. (ed.). *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998b.
- : _____. “Il ruolo dei giudici di fronte al ‘terreno proibito’”. *Ragion Pratica*. n. 10. Génova. 65-73, 1998a.
- : _____. “Penal coercion in contexts of social injustice”. *Criminal Law and Philosophy* 5 (1), 21-38, 2011a.
- : _____. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.
- : _____. *The legal foundations of inequality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- : _____.; DOMINGO, P.; ROUX, T. *Courts and social transformation in new democracies*. London: Ashgate, 2006.
- : _____.; FILIPPINI, L.; CAVANA, A. “Recientes reformas constitucionales en América Latina”. *Reporte UNDP*, 2011.
- : GAURI, V.; BRINKS, D. *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- : GAVIRIA DÍAZ, C. *Sentencias. Herejías constitucionales*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- : GILLY, A. *El cardenismo. Una utopía mexicana*. México: Ediciones Era, 2001.
- : _____. *La revolución interrumpida*. México: Ediciones Era, 1994.
- : GILMORE, R. “Nueva Granada’s Socialist Mirage”. *The Hispanic American Historical Review*, v. xxxvi, n. 2, 1956.
- : GIRAUDO, L. (ed.). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- : GLOPPEN, S. “Analyzing the role of courts in social transformation”. In: GARGARELLA,

- R. *et al.* (eds.). *Courts and social transformation in new democracies*. London: Routledge, 2006.
- : GLOPPEN, S. *et al.* *Courts and Power in Latin America and Africa*. Londres: Palgrave, 2010.
- : GONZÁLEZ GONZÁLEZ, F. *Para leer la política*. Bogotá: Política Colombiana. CINEP, 1997.
- : GONZÁLEZ PRADA, M. *Manuel González Prada*. Textos Esenciales. D. Sobrevilla editor. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2009.
- : GONZÁLEZ VIGIL, F. *Importancia de las asociaciones*. Importancia de la educación popular. Lima, 1948.
- : GOOTENBERG, P. “Imagining development. Economic ideas in Peru’s ‘fictitious prosperity’ of Guano. 1840-1880” In: LOVE, J.; JACOBSEN, N. *Guiding the invisible hand*. Economic liberalism and the State in Latin America History. New York: Praeger, 1993.
- : GROESMAN WAGMAISTER, F. *Democracia y minorías: formalismos y realidades de los derechos indígenas en la Argentina presente*. Tesis de Licenciatura. Universidad de San Andrés. Não publicada, 2005.
- : GRZYMALA-BUSSE, A. “Time will tell? Temporality and the analysis of causal mechanisms and processes”. *Comparative Political Studies*. 23, n. 2 (julho), p. 147-169, 2011.
- : GUTIÉRREZ, F. *¿Lo que el viento se llevó? Los partidos políticos y la democracia en Colombia 1958-2002*. Bogotá: Editorial Norma, 2007.
- : GUZMÁN, J. *Escritos personales*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1992.
- : HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory on law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- : HALE, Ch. “Political and social ideas in Latin America, 1870-1930”. In: BETHELL, L. (ed.). *The Cambridge History of Latin America*. v. 4, p. 367-442, 1986.
- : HALL, M.; SPALDING, H. “The urban working class and early Latin American labour movement, 1880-1930”. In: BETHELL, L. (ed.). *The Cambridge History of Latin America*, v. 4, p. 325-366, 1986.
- : HALPERÍN DONGHI, T. *Historia contemporánea de América Latina*. Alianza: Buenos Aires, 2007.
- : _____. *Proyecto y construcción de una nación*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1980.

- : HARTLYN, J. “Commentary: constitutional structure in Latin America”. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1977-1983, 2011.
- : _____; LUNA, J. P. “Constitutional Reform in Latin America: Intentions and Outcomes”. *Paper* apresentado em LASA, Montreal, Canadá, 2007.
- : _____:VALENZUELA, A. “Democracy in Latin America since 1930”. In: BETHELL, L. (ed.). *The Cambridge History of Latin America*, v. 6, parte 2, p. 99-162, 1994.
- : HEISE GONZÁLEZ, J. *Años de formación y aprendizaje políticos. 1810-1833*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1978.
- : HENKIN, L. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.
- : HEROLES, J. R. *El liberalismo mexicano*. México: Universidad Nacional de México, 1951.
- : HERRERA, B. *Escritos y discursos*. Lima: Librería Francesa, 1929.
- : HERZOG, J. S. “Rabasa”. *La Constitución mexicana de 1918*. Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes. México: UNAM, 1990.
- : HOBSBAWM, E. *Age of extremes*. Londres: Little, Brown and Co., 1995.
- : _____. *Historia del siglo XX*. Buenos Aires: Grijalbo Mondadori, 1994.
- : _____. *La era del Imperio. 1875-1914*. Buenos Aires: Grijalbo Mondadori, 1998.
- : HOLANDA, S. B. *História geral da civilização brasileira. O Brasil monárquico. Do Império a República*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1972.
- : HOLMES, S. “Precommitment and the Paradox of Democracy”. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD’S, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- : _____; SUNSTEIN, C. *The Cost of Rights*. New York: W.W. Norton, 1999.
- : HORBÁTH, G.; SZABÓ, S. “El positivismo en Brasil y México”. *Tzintzun*. Revista de Estudios Históricos. México: Universidad Michoacana. 2005.
- : HUNT, P. *Reclaiming Social Rights*. Sidney: Darmouth, 1996.
- : IBARRA, E. *Congreso constituyente de 1852*. Buenos Aires: Editorial E. Frigerio e hijos, 1933.

- : JARAMILLO URIBE, J. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*. Bogotá: Editorial Temis, 1964.
- : JAKSIC, A. *Andrés Bello*. La pasión por el orden. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2001.
- : JAKSIC, I. “Preface”. *Andrés Bello*. Elected writings. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- : KNIGHT, A. *The Mexican Revolution*. Nebraska: University of Nebraska Press, 2 v., 1990.
- : KRAMER, L. “The interest of the man: James Madison. Popular Constitutionalism and the Theory of Deliberative Democracy”. *41 Valparaíso University Law Review* 697, 2007.
- : _____. *The people themselves*. Popular constitutionalism and judicial review. California: Stanford Law Review, 2004.
- : KYMLICKA, W. *The Rights of Minority Cultures*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- : LACLAU, E. “Hacia una teoría del populismo”. In: LACLAU, E. *Política e ideología en la teoría marxista*. Madrid: Siglo XXI, 1978.
- : _____. “Prefacio a G. Aboy Carlés”. In: CARLÉS, G. *Aboy*. Las dos fronteras de la democracia argentina. Rosario: Homo Sapiens, 2001.
- : LANGA, P. “The role of the constitutional court in the enforcement and protection of human rights in South Africa”. *41 St. Louis University Law Journal*, 1259, 1997.
- : LANGFORD, M. *Social rights jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- : LANZ, L. V. *Cesarismo democrático*. Estudios sobre las bases sociológicas de la Constitución de Venezuela; Caracas, 1919.
- : LARRAÍN, T. P. *El pensamiento de una generación de historiadores hispanoamericanos: Alberto Edwards, Ernesto Quesada y Laureno Vallenilla*. Santiago: Universidad Católica de Chile, 1980.
- : LASTARRIA, J. V. *Estudios políticos y constitucionales*. v. 1 e 2. Santiago de Chile: Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona. 1906.
- : _____. *La reforma política*. Santiago de Chile: Imprenta de la Libertad, 1868.

- : LASTARRIA, J. V. *Lastarria*. Prólogo y selección de E. Délano. México: Ediciones de la Secretaría de Educación Pública, 1944.
- : LEGRÁ, A. F.-R. *El proceso de institucionalización de la Revolución Cubana*. La Habana: Editorial de Ciencias Sociales de la Habana, 1985.
- : LEGUÍA, J. *Elogio de don José Gálvez*. Lima: Imprenta Garcilaso, 1927.
- : _____. *Estudios históricos*. Santiago de Chile: Biblioteca América, 1939.
- : LEMAITRE RIPOLL, J. *El derecho como conjuro*. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2009.
- : LEVITSKY, S.; MURILLO, M. “Building institutions on weak foundations: lessons from Latin America”. *Paper* apresentado na conferência *Guillermo O’ Donnell and the Study of Democracy*. Buenos Aires, março 26-27, 2012.
- : LEWIN, B. *Mariano Moreno, su ideología y su pasión*. Buenos Aires: Ed. Libera, 1971.
- : LILLO, R. *Resolución de conflictos en el derecho mapuche*. Temuco: Universidad Católica de Temuco, 2003.
- : LIMONGI, F. “O Poder Executivo na Constituição de 1988”. In: OLIVEN, R. *et al.* (orgs.). *A Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Hucitec, 2008.
- : LINZ, I. *História do Positivismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.
- : _____.; STEPAN, A. *The Breakdown of Democratic Regimes*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1978.
- : _____.; VALENZUELA, A. *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994.
- : LIRA, A. “Lucas Alamán y la organización política de México”. In: *Lucas Alamán*. México: Ediciones Cal y Arena, 1997.
- : LODOLA, G. “Cultura política de la democracia en Argentina, 2010. Consolidación democrática en las Américas en tiempos difíciles”. *LAPOP*. Vanderbilt University, 2011.
- : LOPES, J. L. “Brazilian courts and social rights”. In: GARGARELLA, R. *Courts and social transformation in new democracies*. London: Ashgate, 2006.
- : _____. *O direito na história*. São Paulo: Editorial Atlas, 2008.

- : LOVEMAN, B. *The Constitution of Tyranny. Regimes of Exception in Spanish America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1993.
- : LUBAN, D. “A theory of crimes against humanity”. *Yale Journal of International Law*, 29, 85, 2004.
- : LUNA, F. *Félix Luna*. Buenos Aires: Sudamericana, 2005.
- : LYNCH, J. “The catholic church in Latin America, 1830-1930”. In: BETHELL, L. (ed.). *The Cambridge History of Latin America*. v. 4, p. 527-596, 1986.
- : MACPHERSON, C.B. *Burke*. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- : MÆSTAD, O.; RAKNER, L.; MOTTA FERRAZ, O. “Assessing the impact of health rights litigation: A comparative analysis of Argentina, Brazil, Colombia, Costa Rica India and South Africa”. In: GLOPPEN, S.; YAMIN, A. *Litigating Health Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- : MANIN, B. *The Principles of Representative Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- : MARIÁTEGUI, J. C. *Ideología y política*. Ministerio de Comunicación. Caracas, 2006.
- : _____. *Siete ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Lima: Biblioteca Amauta, 1988.
- : MARINHO, J. “João Mangabeira, constitucionalista”. In: REINER, L. *et al.* (eds.). *João Mangabeira na UnB*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- : MARTÍNEZ DALMAU, R. “Heterodoxia y dificultades en el proceso constituyente boliviano (2006-2009). In: JIMÉNEZ, W. Ortiz *et al.* *Refundación del Estado Nacional*. Procesos constituyentes y populares en América Latina. 85-105, 2009.
- : MARTÍNEZ, R. O. “Relaciones ejecutivo-legislativo”. In: ANDRADE, S. *et al.* (eds.). *La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- : MENDES, G. *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- : MENDONÇA, J. C.; MENDONÇA, D. *Breve historia del constitucionalismo paraguayo*. Asunción: Centro de Estudios Constitucionales, 2009.
- : MICHELMAN, F. “In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: one view of rawls’ theory of justice”. *121 University of Pennsylvania Law Review* 962, 1973.

- : MICHELMAN, F. “Poverty, economic equality, and the equal protection clause”. *1972 Supreme Court Review* 41, 1972.
- : _____. “The Supreme Court, 1968 Term – Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”. *83 Harvard Law Review* 7, 1969.
- : MIGUEL, E. *et al.* “The price of political opposition: evidence from Venezuela’s Mainsanta”. NBER Working Paper. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w14923>>. Acesso em: 6 nov. 2016.
- : MOLINA, G. *Las ideas liberales en Colombia*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1970.
- : _____. *Las ideas socialistas en Colombia*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1987.
- : MONREAL, E. N. “¿Justicia de clase?”. *Mensaje*, v. XIX, mar.-abr., n. 187, p. 108-119, 1970a.
- : _____. “Justicia de clase: respuesta que nada explica”. *Mensaje*, v. XIX, maio, n. 188, p. 192, 1970b.
- : MONTALVO, J. *Selections from Juan Montalvo*. Ed. por MacDonald Spindler, F.; Cook Books. Temple: Center for Latin American Studies: Arizona State University, 1984.
- : MORA, J. M. *Obras sueltas*. México: Porrúa, 1963.
- : MURPHY, J. “Marxism and retribution”. *Philosophy and Public Affairs* 2. 217-43, 1973.
- : MYERS, J. *Orden y virtud: el discurso republicano en el régimen rosista*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1995.
- : NEDELSKY, J. *Private Property and the Limits of American Constitutionalism*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
- : NEGRETTO, G. “La reforma política en América Latina”. *Desarrollo Económico*, v. 198, 2011a.
- : _____. “Paradojas de la Reforma Constitucional en América Latina”. *Journal of Democracy en Español*, v. 1, n. 1, 2009.
- : _____. “Shifting constitutional designs in Latin America: a two-level explanation”. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.777-1.806, 2011b.
- : _____. *Los dilemas del republicanismo liberal en América Latina*. México: CIDE, 2001.

- : NEGRETTO, G.; RIVERA, J. A. A. “Liberalism and emergency powers in Latin America: reflections on Carl Schmitt and the theory of constitutional dictatorship”. *Cardozo Law Review*. v. 21. n. 5-6. p. 1.797-1.823, 2000.
- : NINO, C. “El presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia”. *Propuesta y Control*, n. 13, p. 1.263, 1990.
- : _____. “Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina”. *Institutional design in new democracies*. New York: Westview Press, 1996.
- : _____. “Qué reforma constitucional?”. *Propuesta y control*, v. 21, p. 37-59, 1992b.
- : _____. “Transition to democracy. Corporatism and presidentialism with special reference to Latin America”. *Constitutionalism and Democracy*. Transitions in the Contemporary World. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- : _____. (ed.). *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*. Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987.
- : _____. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992a.
- : _____. *The constitution of deliberative democracy*. New Haven: Yale University Press, 1997.
- : _____. *The ethics of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- : NORIEGA, A. *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano*. México: Universidad Nacional Autónoma, 1972.
- : _____. *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- : O’ DONNELL, G. “Corporativism and the question about the State”. *Authoritarianism and corporatism in Latin America*. Pittsburg: University of Pittsburg Press, 1977.
- : _____. “Delegative democracy?”. *Journal of Democracy* v. 5, 1994.
- : _____. *Democracia, agencia, estado*. Teoría con intención comparativa. Buenos Aires: Prometeo, 2010.
- : _____. *El Estado burocrático-autoritario*. Buenos Aires: Editorial Belgrano, 1982.
- : OCAMPO, M. *Obras completas*. v. 1 e 2. México: F. Vázquez Editor, 1901.

- : ODDONE, J. “The formation of modern Uruguay (1870-1930)”. v. 5. In: BETHELL, L. (ed.). *The Cambridge History of Latin America*. 1986.
- : _____. *Historia del socialismo argentino*. Buenos Aires: Talleres Gráficos La Vanguardia, 1934.
- : ORTEGA, G. *Vida y obra de José Peralta*. Disponível em: <<http://www.afese.com/img/revistas/revista40/artGermanOrtega.pdf>>. Acesso em 6 nov. 2016.
- : OTERO, M. *Obras*. José Reyes Heróles (ed.). México: Editorial Porrúa, 1967.
- : OYARZUN, L. *El pensamiento de Lastarria*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1953.
- : PAGLIAI, L. *La gran polémica nacional*. Cartas Quillotanas. Las Ciento y Una. Buenos Aires: Editorial Leviatán, 2005.
- : PAINE, T. *The Tomas Paine Reader*. Londres: Penguin Books, 1987.
- : PAIXÃO, C. “O positivismo ilustrado no Brasil. *Trilhas*. Belém, v. 1, n. 2, nov., p. 56-65, 2000.
- : PALACIOS, A. *El socialismo argentino y las reformas penales*. Buenos Aires: Colección Claridad, 1934.
- : PALERMO, V. “Liberales hispanoamericanos del siglo pasado: Entre el progresismo y la conciencia desdichada. Juan Bautista Alberdi y Justo Sierra”. *CEDES*. Buenos Aires, 1993.
- : PALTÍ, E. *El tiempo de la política*. El siglo XIX reconsiderado. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.
- : PARK, J. *Rafael Núñez and the Politics of Colombian Regionalism*. 1863-1886. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1985.
- : _____. “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”. Manuscrito não publicado. Valencia: Universidad de Valencia, 2009.
- : PAZ, J.V. *El espacio y el límite*. Estudios sobre el sistema político cubano. Instituto Cubano de Investigación: Ruth Casa Editorial, 2009.
- : PAZ SOLDÁN, J. *Derecho constitucional peruano*. Lima: Ediciones Librería Studium, 1973.

- : PÉREZ GUILHOU, D. *Liberales, radicales y conservadores*. Convención Constituyente de Buenos Aires 1870-1873. Buenos Aires: Plus Ultra, 1997.
- : _____. *Sarmiento y la Constitución*. Mendoza: Banco de Crédito Argentino.
- : PEIXINHO, M.; GUERRA, I.; FILHO, F. (eds.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.
- : PEÑARANDA, M. R. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- : PÉREZ LIÑÁN, A. *Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2009.
- : PÉREZ JR., L. *Cuba Under the Platt Amendment. 1902-1934*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1986.
- : PERÓN, J. D. “Discurso del General Juan Domingo Perón ante la Asamblea Constituyente Reformadora. 27 de enero de 1949”. *Constitución de la Nación Argentina sancionada por la Convención Nacional Constituyente*. Buenos Aires: Instituto Nacional Juan Domingo Perón, 2008.
- : PETIT MUÑOZ, E. *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*. Montevideo: Universidad de la República Oriental del Uruguay, 1956.
- : PETTIT, P. “Keeping Republican Freedom Simple. On a Difference with Quentin Skinner”. *Political Theory*. v. 30. n. 3. junho, 2002.
- : _____. *A Theory of Freedom. From the Psychology to the Politics of Agency*. Cambridge (UK): Polity Press, 2001.
- : _____. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- : PHILLIPS, A. *The Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- : PIEDRAHITA, C. R. *Documentos para la historia del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997-2005, 6 v.
- : PISARELLO, G. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década”. *Revista Sin Permiso*. Barcelona, 2009. Disponível em: <<http://www.sinpermiso.info/textos/el-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-y-la-constitucion-venezolana-de-1999-balance-de-una-dcada>>. Acesso em 31 out. 2016.

- : PISARELLO, G. *Un largo termidor*. Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2011.
- : POLETTI, R. *Constituições brasileiras*. v. III. Brasília: Senado Federal. Centro de Estudos Estratégicos, 2010.
- : POSNER, E.; VERMEULE, A. *The Executive Unbound*. After the Madisonian Republic. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- : PRIETO, I. “Nuestros días y los de la Constitución de 1857”. *México y sus constituciones*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- : PRILLAMAN, W. *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America*. New York: Praeger, 2000.
- : PRIVITELLIO, L.; ROMERO, L. A. *Grandes discursos de la historia argentina*. Buenos Aires: Aguilar, 2000.
- : PRZEWORSKI, A. *¿Qué esperar de la democracia?* Buenos Aires: Siglo XXI (tradução de *Democracy and the Limits of Self-Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 2010.
- : PRZEWORSKI, A; *et al.* *Democracy and Development: Political Institutions and Well-Being in the World, 1950-1990*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- : _____. *PIPE*. Political Institutions and Political Events Data Set. Department of Politics. New York: New York University, 2011.
- : RABASA, E. “El pensamiento constitucional de Venustiano Carranza (Análise de sua mensagem em 1º de dezembro de 1916 ao apresentar o projeto de Constituição)”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, n. 7, p. 151-162, 1995.
- : _____. *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*. México: III-UNAM, 1986.
- : _____. *La dictadura*. Estudio sobre la organización política de México. México: Revista de Revistas, 1912.
- : _____. “Historia de las Constituciones mexicanas”. In: FERNÁNDEZ, J. L. *Soberanes*. El derecho en México. Una visión de conjunto. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991, t. I.

- : RAMA, C. *Utopismo Socialista, 1830-1893*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1977.
- : RAMÍREZ GALLEGOS, F.. “Desencuentros, convercencias, polarización (y viceversa). El gobierno ecuatoriano y los movimientos sociales”. *Nueva Sociedad*. n. 227, p. 83-101. maio-jun. 2010.
- : RAMÍREZ, I. *Ensayos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- : _____. *Dos ensayos constitucionales*. Montevideo: Impresora Uruguaya, 1967.
- : RAMÍREZ, S. *La guerra silenciosa*. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2006.
- : RAVIGNANI, E. *Historia constitucional de la República Argentina*. Buenos Aires: Talleres Jacobo Peuser, 1926, 3 v.
- : RAWLS, J. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- : _____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1991.
- : RECABARREN, L. *Escritos de prensa*. Santiago de Chile: Terranova Editores, 1987.
- : _____. *Luis Emilio Recabarren*. Selección de Obras. Santiago de Chile: Ediciones La Pobra, 1979.
- : REINER, L. *et al.* (eds.). *João Mangabeira na UnB*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- : RESTREPO, A. L. “El cambio de modelo de desarrollo de la economía colombiana”. *Revista Análisis Político*. n. 21. Disponível em: <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/colombia/assets/own/analisis21.pdf>>. Acesso em 6 nov. 2016.
- : RIGGS, F. “El presidencialismo en los Estados Unidos”. In: NINO, C. (ed.). *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*. Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987.
- : ROCK, D. “Argentina from the first World War to the Revolution of 1930”. In: BETHELL, L. (ed.). *The Cambridge History of Latin America*, v. 5, p. 419-452, 1986.
- : RODRIGUES, J. H. *Conciliação e Reforma no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965.
- : RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. “Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.669-1.698, 2011.

- : ROIG, A. *El pensamiento social de Montalvo*. Quito: Editorial Tercer Mundo, 1984.
- : ROMERO, F. P. “El mito de la separación del poder judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: Quis custodiet ipsos custodes?)”. *Revista general de derecho público comparado*, 2011.
- : ROMERO, J. L. *El pensamiento político de la derecha latinoamericana*. Buenos Aires: Piados, 1970.
- : _____. *Las ideas políticas en Argentina*. Buenos Aires: FCE, 2001.
- : _____; ROMERO, A. (eds.). *Pensamiento político de la emancipación*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 1977.
- : ROSENKRANTZ, C. “La pobreza, la Ley y la Constitución”. *El derecho como objeto de transformación*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 2003.
- : ROSSI, J.; FILIPPINI, L. In: ARCIDIÁCONO, P. et al. *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre/Universidad de Los Andes, 2010.
- : ROSSITER, C. *Conservatism in America*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- : ROUAIX, P. *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución política de 1917*. México: Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959.
- : SÁBATO, H. *Pueblo y política*. La construcción de la Argentina moderna. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.
- : _____; LETTIERI, A. *La vida política en la Argentina del siglo XIX*. Armas, votos y voces. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- : SAFFORD, F. “Politics, ideology and society in post-independence Spanish America”. *The Cambridge History of Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, v. 3, p. 347-421, 1985.
- : SAGER, L. “Justice in plain clothes: reflections on the thinness of constitutional law”. *88 Northwestern University Law Review* 410, 1994.
- : SAJO, A. “Reading the invisible constitution: judicial review in Hungary”. *15 Oxford Journal of Legal Studies* 253, 1995.

- : _____. “Social rights as middle-class entitlements in Hungary: the role of the constitutional court”. In: GARGARELLA, R. *et al.* *Courts and Social Transformation in New Democracies*. London: Ashgate, 2008.
- : SALA DE TOURÓN, L.; TORRE, N. de la; RODRÍGUEZ, J. C. *Artigas y su revolución agraria*. 1811-1820. México: Siglo XXI, 1978.
- : SALAZAR, P. “Camino a la democracia constitucional en México”. México. Isonomía, 2012.
- : _____. “Chávez: Los tres poderes soy yo”. *Revista Nexos*. 1º mar. 2010. Disponível em: <<http://www.nexos.com.mx/?p=13622>>. Acesso em 6 nov. 2016.
- : SALTALAMACCHIA, N.; COVARRUBIAS, A. “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos. Antecedentes históricos”. In: CARBONELL, M.; SALAZAR, P. (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- : SÁMANO, M.; ALCÁNTARA, C. D.; GÓMEZ GONZÁLEZ, G. “Los acuerdos de San Andrés Larraínzar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Americanos”. Comunicação apresentada na X Jornada Lascasiana celebrada em Antigua. Guatemala, 2000.
- : SAMPAY, A. *Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Cuenca Ediciones, 1973b.
- : _____. *La Constitución democrática*. Buenos Argentina: Ciudad Argentina, 1999.
- : SAMPAY, A. *La filosofía del iluminismo y la Constitución Argentina de 1853*. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- : _____. *La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973a.
- : _____. *Las Constituciones de la Argentina*. 1810-1972. Buenos Aires: Eudeba, 1975.
- : SAMPER, J. *Los partidos en Colombia*. Bogotá: Imprenta Echeverría Hermanos, 1893.
- : _____. *Derecho público interno de Colombia*. Comentario científico de la Constitución de 1886. Bogotá: Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, 1951, 2 v.
- : _____. *Ensayo sobre las revoluciones políticas y la condición social de las repúblicas colombianas*. París: Imprenta de E. Thunot, 1861.

- : SAMUELS, D.; EATON, K. “Presidentialism and, or, and Versus Parliamentarism: The state of the literature and an agenda for future research”. *Paper* apresentado na *Conference on Consequences of Political Institutions in Democracy*. Duke University, abril 2002.
- : SANDEL, M. *Democracy’s discontent*. America in search of a public philosophy. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- : SANGUINETTI, J.; SERÉ, A. P. *La nueva Constitución*. Montevideo: Editorial Alfa, 1971.
- : SANTOS, B. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- : SARMIENTO, D. *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*. Buenos Aires: Sociedad de Abogados Editores, 1926.
- : SAYEG HELÚ, J. *El constitucionalismo social mexicano*. 3 v. México: Edición de Cultura y Ciencia Política, 1974.
- : SCOTT, C.; MACKLEM, P. “Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a New South African Constitution”. *1 University of Pennsylvania Law Review* 141. 1-148, 1992.
- : SCHMITT, C. *Constitutional theory*. Duke: Duke University Press, 2008.
- : _____. *The crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1994.
- : SCHOLES, W. *Mexican politics during the Juarez Regime*. Missouri: The University of Missouri, 1967.
- : SCHUCKERS, J. W. *A brief account of the finances and paper money of the Revolutionary War*. Philadelphia: John Campbell and Son, 1978.
- : SCHWARTZ, H. “Do economic and social rights belong in a Constitution?”. *10 American University Journal of International* 1.233, 1995.
- : SCULLY, T. *Rethinking the center*. Party Politics in 19th and 20th Century Chile. California: Stanford University Press, 1992.
- : SELLER, M. *Democracy after slavery: Black publics and peasant radicalism in Haiti and Jamaica*. Miami: University Press of Florida, 2000.
- : SHKLAR, J. “The Liberalism of Fear”. *Liberalism and the moral life*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

- : SHUGART, M.; CAREY, J. *Presidents and assemblies*. Constitutional design and electoral dynamics. Cambridge. Cambridge University Press, 1992.
- : _____; MAINWARING, S. “Presidentialism and democracy in Latin America: rethinking the terms of the debate”. In: SHUGART, M.; MAINWARING, S. (eds.). *Presidentialism and Democracy in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- : SIEDER, R. “Renegotiating law and order: judicial reform and citizens responses in post-war Guatemala”. *Democratization and the Judiciary*. London: Frank Cass, 2004.
- : SIERRA, J. *Evolución política del pueblo mexicano*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.
- : SIERRA, L. “Supermajority Legislative Requirements and the Constitutional Court in Chile”. *Working Paper*. México: SELA, 2012.
- : SIKKINK, K. *The justice cascade*. How Human Rights prosecutions are changing world politics. New York: Norton & Company, 2012.
- : SILVA, J. A. da. “Presidencialismo e parlamentarismo no Brasil”. *Estudios doctrinales*. 139. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, México, 1992.
- : _____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- : _____. *O constitucionalismo brasileiro*. Evolução institucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- : SILVA, V. A. da. “Ideias e instituições constitucionais do século XX no Brasil”. In: VALADÉS, D. et al. (eds.). *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*. México: Siglo XXI, 2011.
- : SILLS, D. *International Encyclopedia of Social Sciences*. The Macmillan Company and The Free Press, 1968.
- : SKINNER, Q. “Machiavelli on the maintenance of liberty”. *Politics*, v. 18, p. 3-15, 1983.
- : _____. “The idea of Negative Liberty: philosophical and historical perspectives”. In: RORTY, R.; SCHNEEWIND, J. B.; SKINNER, Q. (comps.). *Philosophy in History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
- : _____. “The republican ideal of political liberty”. In: BOCK, G.; _____; VIROLI, M. (eds.). *Machiavelli and Republicanism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

- : SKINNER, Q. *Liberty before liberalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- : SOBREVILLA, D. “Introducción”. *Manuel González Prada*. Textos Esenciales, Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2009.
- : _____. *El marxismo de Mariátegui y su aplicación a los 7 ensayos*. Lima: Biblioteca Universidad de Lima, 2005.
- : SOBREVILLA, N. “The Influence of the European 1848 Revolutions in Perú”. THOMSON, G. (ed.). *The European Revolutions of 1848 and the Americas*. London: Institute for the Study of the Americas, 2002.
- : STORING, H. *What the anti-Federalists were for*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.
- : SUNSTEIN, C. *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004.
- : _____.; VERMEULE, A. “Interpretation and Institutions”. *101 Michigan Law Review* 885, 2003.
- : SVAMPA, M. *Cambio de época*. Movimientos sociales y poder político. Buenos Aires: Siglo XXI, 2008.
- : _____. *La sociedad excluyente*. La Argentina bajo el signo del neoliberalismo. Madrid: Taurus, 2005.
- : _____.; ANTONELLI, M. *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*. Buenos Aires: Biblos, 2009.
- : _____.; STEFANONI, P.; FORNILLO, B. *Debatir Bolivia*. Perspectivas de un proyecto de descolonización. Montevideo: Taurus, 2010.
- : SZATMARY, D. “Shays’ rebellion in Springfield”. *Shays’ Rebellion: selected essays*. Westfield State College, 1987.
- : TERÁN, O. (ed.). “Introducción”. *Política y sociedad en Argentina*. Caracas: Biblioteca Ayacucho, 2005.
- : TERNAVASIO, M. *La revolución del voto*. Política y elecciones en Buenos Aires. 1810-1852. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
- : THOMSON, G. (ed.). *The European Revolutions of 1848 and the Americas*. London: Institute for the Study of the Americas, 2002.

- : TEIXEIRA, J. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- : TORO, M. M. *Obras Selectas*. Bogotá, 1979.
- : TORRES, L. “El presidencialismo constituyente y el Estado Constitucional de Montecristi”. In: ANDRADE, S. *et al.* (eds.). *La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- : TUSHNET, M. “... And only wealth will buy you justice. Some notes on the Supreme Court. 1972 Term”. *Wisconsin Law Review* 177, 1974.
- : _____. “State action, social welfare rights, and the judicial role: some comparative observations”. *3 Chicago Journal of International Law* 435, 2002.
- : UNGER, R. “El sistema de gobierno que le conviene a Brasil”. In: *Presidencialismo vs. Parlamentarismo*. Consejo para la consolidación de la Democracia. Buenos Aires, 1987.
- : _____. *What should legal analysis become?* London: Verso, 1996.
- : UPRIMNY, R. “The recent transformation of constitutional law in Latin America: trends and challenges”. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.587-1.610, 2011.
- : _____. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”. In: _____.; RODRÍGUEZ, C.; GARCÍA, M. *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, p. 147-200, 2006.
- : _____.; RODRÍGUEZ, C.; GARCÍA, M. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2006.
- : VALENCIA VILLA, A. *El pensamiento constitucional de Miguel Antonio Caro*. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1992.
- : VANOSSI, J. “La Constitución Nacional de 1949”. Comunicação apresentada na Academia Nacional de Ciências Morais e Políticas, em 9 de novembro de 2005.
- : VARGAS, A. R. *Historia constitucional de Colombia*. Bogotá: Editorial Horizontes, 1978.
- : VIAMONTE, C. *El pensamiento liberal argentino en el siglo XX*. Buenos Aires: Editorial Gure, 1957.
- : VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista General de Derecho Público Comparado*, v. 9, p. 1-24, 2011.

- : VIDAURRE, M. *Proyecto de reforma de la Constitución peruana, en cuanto al poder judicial*. Lima. Imprenta de J.M. Masías, 1833.
- : _____. “Manifiesto segundo del ciudadano Manuel de Vidaurre, en que publica el modo con que se han conducido los jueces, con el fin de hacer que resulte culpable, y contiene una segunda representación al soberano congreso”. Lima. Imprenta Republicana de J. Concha, 1825.
- : _____. *Discurso sobre imprentas y libelos*. Lima. Imprenta Republicana de J. Concha, 1827.
- : VIEIRA, O. V. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- : VILAS, C. “Populismos reciclados o neoliberalismo a secas? El mito del neopopulismo latinoamericano”. *Estudios Sociales*. Revista Universitaria Semestral, año XIV, n. 26, Santa Fe: Univ. Nacional del Litoral, 2004.
- : _____. “El populismo latinoamericano: un enfoque estructural”. In: *Desarrollo Económico*, n. 111, Buenos Aires, p. 323-352, out.-dez. 1998..
- : _____. “Multietnicidad y autonomía. La costa atlántica de Nicaragua”. *Nueva Sociedad*, n. 98, p. 50-59, 1988.
- : _____. *Estado, clase y etnicidad: la costa atlántica de Nicaragua*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- : VILE, M. *Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967.
- : VILLA, H. V. *Cartas de batalla*. Una crítica del constitucionalismo colombiano. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1987.
- : VILLA, M. *A história das constituições brasileiras*. São Paulo: Texto, 2011.
- : _____. *A Revolução de 1932*. Constituição e Cidadania. São Paulo: Imprensa Oficial, 2010.
- : VIÑAS, D. *Anarquistas en América Latina*. Buenos Aires: Paradiso, 1983.
- : VON HIRSCH, A. *Doing Justice*. New York: Hill and Wang, 1976.
- : WAISMAN, C. *Reversal of development in Argentina: Postwar counterrevolutionary policies and their political consequences*. Princeton: Princeton University Press, 1987.

- : WALDRON, J. “Socioeconomic Rights and Theories of Justice”. Manuscrito não publicado. New York: New York University Press, 2010.
- : _____. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- : _____. *Torture, terror and trade-offs*. Oxford: Oxford University Press, 2010b.
- : WALZER, M. “Liberalism and the art of separation”. *Political Theory* 12, n. 3, p. 315-30, 1984.
- : WHITE, M. *Philosophy, the federalist, and the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- : WILSON, B. “Changing dynamics: the political impact of Costa Rica’s Constitutional Court”. In: SIEDER, R. *et al.* (eds.). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave, p. 47-66, 2005.
- : _____. “Explaining the rise of accountability functions of Costa Rica’s Constitutional Court”. In: GLOPPEN, S. *et al.* *Courts and Power in Latin America and Africa*. New York: Palgrave, p. 63-82, 2010.
- : WILLIAMS, B. “The liberalism of fear”. In: WILLIAMS, B. *In the beginning was the Deed*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- : WOLFF, J. *An introduction to political philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- : WOLKMER, A. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1989.
- : WOOD, G. “A note on mobs in the American revolution”. *William and Mary Quarterly*, v. XXIII, n. 4, p. 635-642, 1966.
- : _____. *The creation of the American Republic 1776-1787*. New York: W. W. Norton; Company, 1969.
- : _____. *The radicalism of the American Revolution*. New York: Alfred Knopf, 1992.
- : WRIGHT, E. O. *Envisioning real utopias*. New York: Verso, 2010.
- : YRIGOYEN FAJARDO, R. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. In: *El derecho en América Latina*. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.

- : YRIGOYEN FAJARDO, R. “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”. *Revista Alpanchis*, Sicuani. Cusco: Instituto de Pastoral Andina, n. 59-60, edição especial, v. 1. p. 31-81, 2002.
- : ZARCO, F. *Historia del Congreso Constitucional de 1857*. México: Instituto Nacional de Estudios Históricos, 1957.
- : ZAVALA, L. *Obras*. México: Editorial Porrúa, 1966.
- : ZAYAT, D. “Mecanismos semidirectos de participación”. In: GARGARELLA, R. (ed.). *La Constitución en el nuevo siglo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2011.
- : ZEA, L. “Romanticismo y positivismo en Brasil”. *Diánoia*, v. 10, n. 10, p. 93-105, 1964.
- : _____. *The Latin American mind*. Norman: University of Oklahoma Press, 1970.

CONSTITUCIONALISMO, PRESIDENCIALISMO E DISPERSÃO DE PODERES: COMENTÁRIO N. 1 AO TEXTO “200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO”

Leonardo Avritzer

O artigo do professor Roberto Gargarella sobre o novo constitucionalismo latino-americano é um texto importante e denso de um intelectual que tem se destacado como um dos principais constitucionalistas contemporâneos na América Latina. Gargarella postula, corretamente, como o seu ponto de partida, que o novo constitucionalismo tinha e tem diversas agendas simultâneas, entre as quais ele destaca: a retomada de uma ordem democrática depois de anos de autoritarismo; a reação aos episódios dos anos 1970 que levaram a importantes impasses e rupturas no sistema político latino-americano; a estabilização econômica e, por fim, o estabelecimento de uma agenda para a crise social na América Latina. Esses quatro pontos que constituem de fato uma agenda constitucional podem ser distinguidos por três características diferentes: as questões de curto prazo como aquelas relacionadas à estabilização econômica; as estruturais, como é o caso dos problemas sociais na América Latina; e as políticas de longo prazo, como é o caso de questões como o presidencialismo e os motivos que levaram à ruptura política autoritária. Neste breve comentário sobre o artigo de Roberto Gargarella, irei me concentrar apenas no último aspecto.

Há uma questão fortemente imbricada com o constitucionalismo latino-americano que está relacionada ao papel exercido pelo presidencialismo. Roberto Gargarella assume em relação ao presidencialismo a posição clássica defendida por Linz e Stepan. Para Gargarella (p. 40), “o presidencialismo – ou mais precisamente o hiperpresidencialismo –, foi considerado o fator fundamental e mais importante que ajudava a explicar, a partir do constitucionalismo, os níveis de instabilidade política que haviam sido registrados durante todo o século na região”. Assim, o ponto defendido por Gargarella é que a instabilidade política na América Latina esteve diretamente ligada no passado à adoção do presidencialismo que, tal como argumentaram Linz e Stepan, não

permitia uma solução institucional para mudanças nas correlações de força no interior dos sistemas políticos da região. Daí o recurso recorrente aos golpes militares e outros tipos de rupturas políticas. A primeira coisa que gostaria de fazer, aqui, é discutir esse argumento que me parece misturar inadequadamente duas dimensões: a primeira é uma certa concentração de poderes fácticos que, como diria Guillermo O'Donnell, caracterizaram a América Latina ao longo do século XX. Esses poderes jamais buscaram a institucionalização da competição política. Nem sequer se entenderam por poderes institucionalizados, e tal fato tem forte impacto na discussão sobre concentração de poderes, sem ter qualquer relação com o sistema de governo. A segunda questão a ser colocada é se o regime de governo é relevante para se pensar concentração ou dispersão de poder. Não estou convencido de que o parlamentarismo tenha mais capacidade de dispersar o poder do que o presidencialismo, tal como argumentaram nos anos 1990 Linz e Stepan, dada a estrutura de fusão entre os Poderes Executivo e Legislativo que o parlamentarismo envolve. Muito provavelmente os poucos momentos de dispersão de poder na história recente da América Latina, como em casos recentes de *impeachment*, não teriam ocorrido em um regime parlamentarista. Na América Latina, os poucos momentos de dispersão do poder estiveram concentrados na oposição congressional e o seu papel em checar o Poder Executivo. Por fim, há a questão que não deve ser ignorada que envolve o fato de o presidencialismo ter maior capacidade de introduzir mudanças em orientações políticas específicas e responder melhor à soberania popular. Essas mudanças estiveram colocadas no cenário político antes do autoritarismo e voltaram a estar colocadas depois. Nesse sentido, a questão que está posta em relação ao novo constitucionalismo é: como estabelecer uma forma de dispersão do poder dentro do presidencialismo? É com base nesta questão que pontuarei as questões propostas por Roberto Gargarella em relação ao novo constitucionalismo.

Roberto Gargarella aponta dois elementos que estabelecem com clareza a questão da concentração do poder no novo constitucionalismo latino-americano: o primeiro deles é a presença de um conjunto de cláusulas que concedem poderes legislativos ao Executivo, e o segundo é um conjunto de reformas que apontam para mudanças na cláusula presidencial com o estabelecimento do instituto da reeleição. Ainda que ambos os institutos sejam reais,¹ parece-me que é importante relativizá-los com um conjunto de outros institutos que

apontam na direção da desconcentração do poder no interior do presidencialismo latino-americano. O principal entre eles é o aumento das formas ampliadas de participação que se expressam em diversos textos constitucionais, em especial nos textos da Constituição brasileira de 1988 e na Constituição boliviana de 2009. Permitam-me desenvolver cada um desses pontos.

A Constituição brasileira de 1988 diluiu a concentração de poder por parte do Poder Executivo e do presidente em particular, por meio de um conjunto de artigos que ampliaram a participação popular de forma direta ou ampliada. Como princípio geral, a participação já está incluída no parágrafo único do art. 1º, que estabelece a possibilidade da participação como forma de expressão da soberania popular. A participação se expressa também no art. 14 que versa sobre plebiscito, *referendum* e iniciativa popular e nos capítulos específicos de políticas sociais como a saúde, a assistência social, a política da criança e do adolescente e a política urbana. A possibilidade da participação aparece também no capítulo sobre o funcionamento da mesa do Poder Legislativo. Assim, temos um conjunto de institutos cujo papel é não permitir a concentração de poder no Executivo, ampliando a participação para além das instituições de representação. Podemos apontar que a Constituição boliviana estabelece quase o mesmo, mas vai muito além do ponto de vista conceitual ao definir a Bolívia como uma república que adota como forma de governo “a democracia participativa, representativa e comunitária” (art. 11). Temos também no caso boliviano os institutos do plebiscito, do *referendum* e do *cabildo* aberto. Essas formas de participação têm sido praticadas justamente nos casos em que o poder do presidente parece acima do sistema político como foi o caso recente da construção da estrada no Parque indígena Inseboro Secure. Temos assim, pelo menos, dois casos na América Latina, hoje, que conceitualmente associam a vigência da participação e democracia participativa à desconcentração do poder presidencial.²

Portanto, o meu principal comentário ao texto apresentado por Roberto Gargarella se concentra nessa questão. Tenho uma crítica empírica e uma crítica conceitual. A primeira crítica é que Gargarella leva mais a sério do que deveria algumas colocações da ciência política norte-americana, em especial Juan Linz e Alfred Stepan, sobre a propensão de o presidencialismo favorecer rupturas democráticas. Não nos parece que o parlamentarismo poderia ajudar a evitar essas rupturas na América Latina, assim como não ajudou em países

da Ásia com este sistema de governo. O problema do autoritarismo está mais ligado à cultura política e ao baixo consenso em relação à democracia existentes naquele momento. A crítica conceitual está ligada ao desenvolvimento na América Latina de um modelo de dispersão do poder não previsto nos cânones tradicionais da ciência política. Esse modelo, que julgo estar em aplicação em diversos países da América Latina, entre os quais destacaria o Brasil, o Uruguai, a Bolívia, o Peru e a Colômbia, supõe que o presidencialismo pode conviver com formas ampliadas de formação de consensos políticos pela sociedade civil. Este modelo pode ajudar na criação de uma forma de dispersão do poder político associada ao presidencialismo. Ele me parece uma das contribuições do pensamento latino-americano à tradição democrática em geral. A sua incorporação cumprirá o papel de mostrar que existem motivos para apostarmos na nova tradição constitucional e democrática latino-americana como tradição de dispersão do poder.

NOTAS

1. Vale a pena, no entanto, mencionar que no caso brasileiro ocorre também a presença de um conjunto de institutos que visam conceder limites ao poder de legislar por parte do executivo. O principal, entre eles, é a limitação ao poder de reedição das medidas provisórias e o segundo é o chamado trancamento de pauta que obriga o congresso a examinar as medidas provisórias já editadas para que ele siga os procedimentos legislativos ordinários. Em ambos os casos, o poder legislativo do executivo é diminuído e limitado pelo Congresso Nacional.

2. Poderíamos citar o Equador como um terceiro caso, mas tenho dúvidas acerca da vigência do princípio constitucional da participação social naquele país. O princípio existe, mas não é praticado.

COMENTÁRIO N. 2 AO TEXTO “200 ANOS DE CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO”

Mauricio García Villegas

Escrito com a clareza e o bom juízo que têm os textos assinados por Roberto Gargarella, este ensaio introduz ao leitor uma análise significativa e inédita da história constitucional latino-americana que transcende os típicos estudos deste tipo que são escritos na região e nos quais, com muita frequência, o enfoque puramente normativo impede ver as arestas sociais e políticas que incidem no modelo que as constituições apresentam.

Três grandes movimentos constitucionais são analisados neste artigo: 1) o da independência, na primeira metade do século XIX; 2) o constitucionalismo social no início do século XX; e 3) o constitucionalismo “novo”, surgido ao término deste mesmo século.

O primeiro movimento esteve caracterizado por uma fusão entre o projeto liberal (defensor do equilíbrio de poderes e da neutralidade moral) e o projeto conservador (partidário do perfeccionismo moral e do elitismo político) em detrimento do projeto defendido pelos constitucionalistas radicais (favorável à participação das majorias e do moralismo popular).

O segundo, produto das mudanças sociais e políticas originadas em princípios do século XX (sobretudo a partir da Revolução Mexicana de 1917), caracterizou-se, sobretudo no Brasil e na Argentina, pela inclusão ambivalente de cartas de direito amplas e generosas, por um lado, e de mecanismos destinados à centralização presidencialista do poder político, por outro.

O terceiro movimento, em curso, sobretudo na Venezuela, no Equador e na Bolívia, também é o produto de grandes mudanças sociais e políticas, assumidas de maneira igualmente vacilante por textos constitucionais, nos quais se propõem mudanças sociais de grande envergadura, mas a partir de uma mescla de modelos de inspiração diferente e inclusive contraditória.

Deste artigo que, como dito no início, oferece uma interpretação mais compreensiva e mais sociopolítica do que de costume se escreve sobre a história do constitucionalismo latino-americano, derivam, a meu juízo, os seguintes quatro postulados fundamentais:

1. As ideias liberais tiveram enorme dificuldade para se impor diante das ideias adversárias do tipo conservador ou radical. Durante o século XIX, os constitucionalistas liberais, em boa parte motivados pelo temor da inclusão do povo por meio da regra das maiorias políticas (proposta pelos radicais), terminaram aliando-se aos conservadores e desconhecendo, dessa maneira, o princípio medular de sua doutrina, isto é, aquele que sustenta que a defesa dos direitos apenas se conquista por meio da proibição da concentração do poder político. O medo do povo, as necessidades de ordem e certa identidade de classe social entre elites liberais e conservadoras prevaleceram mais do que as diferenças ideológicas.
2. A prática constitucional na América Latina, desde sua origem até o presente, esteve caracterizada por uma relativa concentração do poder nas mãos do presidente. Tanto os partidários do constitucionalismo social do princípio do século XX como os porta-vozes do constitucionalismo atual (sobretudo na Venezuela, no Equador e na Bolívia) compartilham com os conservadores a ideia de que a solução para os problemas sociais e políticos dos países perpassam pelo estabelecimento de um poder forte e concentrado na figura do presidente. Mesmo sabendo que dissidentes questionaram essa tese (LINZ; VALENZUELA, 1994; NINO, 1987), suas opiniões não transcenderam os âmbitos acadêmicos ou, menos ainda, os debates nas assembleias constituintes.
3. O auge do presidencialismo na América Latina se nutre de uma visão que subestima a importância que têm os assuntos relativos à organização constitucional do poder. Nessa ordem de ideias, boa parte do fracasso relativo ao constitucionalismo social latino-americano no século XX se explica pela falta de encadeamento constitucional adequado entre a parte dogmática das constituições, em que se consagram os grandes princípios e os direitos e a parte orgânica, na qual se estabelecem as normas da organização do poder político. Diferentemente dos conservadores do século XIX (ALBERDI, 1981; SAMPAY, 1973), que eram conscientes da importância de que os direitos tinham, os projetos relativos à divisão e ao controle recíproco dos poderes modelados na parte orgânica das constituições (o que Gargarella denomina "a sala de máquinas" da constituição), os partidários do direito social subestimam a importância que a dita parte orgânica tem, com a qual comprometem a eficácia das cartas

de direito nas mãos dos presidentes em mandato. Segundo Gargarella, o menosprezo dos elaboradores de textos constitucionais, sobretudo daqueles que durante as últimas décadas quiseram impulsionar ambiciosas reformas sociais, representa não apenas um erro cognitivo com relação à maneira como funcionam as constituições (em particular, sua “sala de máquinas”) e sua dinâmica interna, mas também um erro político na medida em que não se considera o poder e a persistência de uma cultura caudilhista no continente, a qual resiste ser submetida pelas normas jurídicas de todo tipo.

4. Com base no ponto anterior, Gargarella critica algumas interpretações atuais (PISARELLO, 2010; NEGRETTO, 2011; HARTLYN, 2011) as quais denomina “compensatórias”, que veem com infundado otimismo a possibilidade de que as cartas de direitos atuais, amplas e generosas, invoquem a participação popular, de tal maneira que isso possa, por si só, contra-arrestar a consabida tendência à concentração do poder presidencial.

Em termos gerais, compartilho a orientação de tais ideias e, mais ainda, acredito que, como já disse, são uma contribuição substancial ao estudo do constitucionalismo latino-americano. Não obstante, e com o intuito de alimentar o debate que oportunamente propõe este artigo, gostaria de fazer um par de comentários críticos.

A minha impressão é que Roberto Gargarella tem razão em apresentar a importância que tem o que ele denomina a “sala de máquinas” constitucional e, em consequência, em criticar as posições “compensatórias” que veem nas cartas de direito uma espécie de potencial redentor em relação aos excessos do presidencialismo latino-americano.

Entretanto, ao falar da “sala de máquinas”, Gargarella reproduz um otimismo similar ao que critica as posições compensatórias. Duvido muito que uma intervenção, inclusive decidida e cuidadosa, na parte orgânica das constituições seja, por si só, um remédio para acabar com esses excessos. Pode ser um remédio necessário, mas não suficiente. O otimismo das posições compensatórias (PISARELLO e NEGRETTO, entre outros) parece-me tão infundado como o otimismo da tese mecanicista que nos propõe aqui Gargarella e que, a meu juízo, superestima o papel redentor que a “sala de máquinas” possa ter em relação aos vícios clientelistas e caudilhistas da classe política. Isso não

significa que se trate de uma intervenção inócua, evidentemente, mas de uma intervenção, repito, parcial e insuficiente.

A minha questão é que a tese mecanicista menospreza (como a tese compensatória) a dependência relativa que as constituições latino-americanas têm em relação a dois fenômenos estruturais de grande envergadura: um de tipo cultural relacionado à precariedade do ideário liberal na classe política e outro de tipo material relacionado à falta de uma verdadeira democratização social do poder político.

Começo com o primeiro fenômeno. Segundo Gargarella, os novos feitores de constituições no continente cometeram o “erro” de impulsionar ambiciosas reformas sociais sem ingressar à “sala de máquinas”; ou seja, sem intervir na parte orgânica das constituições que projetaram. Compartilho desta ideia, mas não creio que tal fato se possa caracterizar como um erro. Gargarella supõe que os constituintes compartilham a crença liberal de que a parte orgânica das constituições é uma parte substancial (não simplesmente procedimental) tão importante como a parte dogmática. Sendo assim, o problema estaria no fato de que são liberais pouco cultivados, que não conhecem bem os segredos do projeto institucional e por isso se equivocam. No entanto, parece-me mais plausível o fato de que tal subestimação se deva a sua falta de espírito liberal. Talvez o problema não seja tanto que os constituintes atuais sejam menos competentes que os do século XIX (que provavelmente o são), mas que sejam menos liberais e por isso acreditam menos na importância que tem a caixa de ferramentas. Desse modo, um dos problemas estruturais que enfrenta o constitucionalismo latino-americano é a disparidade entre a importância de modelos institucionais em ideários liberais e um ambiente político e cultural, a partir do qual se interpretam as normas constitucionais, que menospreza tal ideário liberal.

Passo ao segundo fator estrutural. Inclusive se os feitores das constituições fossem inspirados por ideais liberais e tivessem tido o cuidado de ingressar e modificar de maneira adequada a “sala de máquinas” constitucional, parece-me pouco provável que este mecanismo por si só seria suficiente para produzir as mudanças sociais e políticas que são requeridas para colocar em prática as cartas de direito que tais constituições consagram. As constituições não produzem, por si só, revoluções sociais. Isso não significa que sejam inócuas, mas que fazem parte de uma engrenagem complexa que requer muitos outros

elementos sociais, culturais e políticos para produzir tais mudanças. Se as reformas pretendidas pelas constituições dos últimos anos ficaram nas mãos de presidentes autoritários, isso se deve não apenas à cultura caudilhista desses últimos, mas também à falta de uma democratização social efetiva do poder político. É verdade que houve substituições em algumas elites governantes, mas a participação política e a democratização do poder continuam sendo muito precárias. O presidencialismo não apenas se alimenta da falta de normas constitucionais que o fiscalizem, mas também e, sobretudo, de uma cultura centenária caudilhista e elitista que apenas pode ser contra-arrestada, como revela a história do constitucionalismo na Inglaterra, na França e em muitos outros países, com um poder popular que participe na aplicação e no desenvolvimento dos textos constitucionais (JARAMILLO, et al., 2012). Na América Latina, falta fortalecer mais o poder popular, mas não a partir do Estado (como no Equador e na Venezuela), e sim a partir dos próprios cidadãos. Apenas desse modo, em conjunto com um poder judiciário independente, pode haver um contrapoder suficientemente forte para tornar efetivo o ideário liberal e igualitarista que, segundo Gargarella, deveria potencializar a “sala de máquinas” constitucional.

Assim, pois, há fatores estruturais de ordem cultural, como a falta de ideologia liberal e de ordem material, como a falta de uma democratização social do poder político que limitam a possibilidade de que apenas uma intervenção na caixa de ferramentas possa ser suficiente para produzir grandes mudanças sociais. Gargarella tem razão ao assinalar a dependência que as cartas de direito têm com relação à “sala de máquinas” constitucional. O que acredito é que tais cartas também dependem das estruturas mentais e materiais que movem os fios do poder político na América Latina e que, em face delas, as constituições apenas têm um poder relativo, que é algo que deveriam considerar os idealizadores das constituições.

Mais ainda, analisando melhor, esta visão mais integral e mais política das constituições, ao expor a importância que tem a eficácia simbólica das cartas de direito, dá mais oxigênio às visões compensatórias. Explico-me. Gargarella parece supor que as novas constituições sociais na América Latina são espécies de normas sem estrutura, de aspirações sem senso de realidade, que inexoravelmente se reduzem a uma quimera. É fato que os excessos simbólicos da retórica constitucional são um mal do direito latino-americano, já mencionado

por Bolívar quando se referia às repúblicas aéreas. No entanto, não podemos esquecer que a eficácia simbólica é uma faca de dois gumes: pode servir para *reificar* a realidade social e por essa via legitimar o poder político, ou pode servir também para criar a consciência de que os direitos são alcançáveis e por essa via mobilizar a população para lutar por eles (GARCÍA VILLEGAS, 2012a). Para que ocorra um ou outro, isso depende de muitos fatores sociais e políticos que vão para além da ordem normativa.

Em todo caso, não é fácil desqualificar as aspirações que as novas constituições trazem como inevitáveis símbolos inofensivos ou inócuos. Tais aspirações podem, eventualmente, ser bandeiras importantes de mudança social e política. No mundo constitucional, os símbolos (depositados nos princípios e nos direitos) podem desempenhar, em médio prazo, um papel tão importante como as regras da organização do poder. Por isso, não é conveniente desqualificar, a princípio, essa dimensão simbólica. Mais que textos escritos de uma vez por todas, as constituições são o resultado de lutas políticas pela fixação do sentido de seus textos, pelo afirmamento de seus símbolos.

Tudo isso exemplifica a enorme complexidade das condições que se requerem para que uma constituição aspiracional (GARCÍA VILLEGAS, 2012b), como as promulgadas na Venezuela, no Equador, na Bolívia ou, inclusive, no Brasil ou na Colômbia, possa produzir as mudanças a que se propõe. É necessário não apenas uma boa estrutura normativa, como um adequado desenvolvimento entre a parte dogmática e a parte orgânica, e condições sociais favoráveis, mas também um encadeamento político propício entre os textos constitucionais e a realidade por meio de movimentos sociais comprometidos com o texto constitucional, de cidadãos militantes a favor dos direitos e de uma justiça independente que proteja os cidadãos e garanta seus direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ALBERDI, J. B. *Bases y Puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1981.
- : HARTLYN, J. “Commentary: constitutional structure in Latin America”. *Texas Law Review*, n. 89(7), p. 1.977-1.983, 2011.
- : LINZ, J.; VALENZUELA, A. *The failure of presidential democracy*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1994.
- : NEGRETTO, G. “Shifting constitutional designs in Latin America: a two-level explanation”. *Texas Law Journal*, n. 89(7), p. 1.777-1.806, 2011.
- : NINO, C. S. (ed.). *Presidencialismo vs. parlamentarismo*. Buenos Aires: Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987.
- : PISARELLO, G. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999: balance de una década”. Disponível em: <<http://www.sinpermiso.info/articulos/ficheros/venezuela.pdf>>. Acesso em 31 out. 2016.
- : SAMPAY, A. *Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Cuenca Ediciones, 1973.
- : VILLEGAS, M. G. *La eficacia simbólica del derecho*. Sociología política del campo jurídico en América Latina. Bogotá: Debate, 2014a.
- : _____. “Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina”. *Análisis Político*, n. 75, p. 89-110, 2012.

TRÊS DÉCADAS DE TRANSFORMAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA: BALANÇOS E PERSPECTIVAS

Rodrigo Uprimny
Luz María Sánchez

À memória de Juan Fernando Jaramillo, pessoa excepcional, colega íntimo no *Dejusticia* e na vida, e um dos estudiosos mais profundos e perspicazes do constitucionalismo latino-americano.

INTRODUÇÃO¹

A América Latina vivenciou um intenso período de mudanças constitucionais nas três últimas décadas. Desde os anos 1980, e em especial a partir dos 1990, praticamente todos os países da região adotaram novas constituições² ou introduziram reformas muito importantes para suas constituições vigentes.³ Esse dinamismo constitucional não foi suspenso nos últimos anos, exemplo do qual é a reforma constitucional venezuelana de 2009 que introduziu a reeleição presidencial indefinida; ou o debate de 2009 e 2010 com relação à possibilidade de um referendo na Colômbia para reformar a Constituição e estabelecer um novo período presidencial para o então presidente, Álvaro Uribe Vélez, uma tentativa que foi anulada pela Corte Constitucional do país; ou a reforma na Constituição mexicana em 2011, que constitucionalizou os tratados dos direitos humanos.

Como destacaram alguns autores, existem características comuns nesta “onda de mudanças constitucionais”. Gil Lavedra, por exemplo, distingue cinco grandes eixos comuns nas novas constituições da região: o fortalecimento da independência judicial, o reconhecimento dos direitos sociais, a inclusão de novas formas de participação popular, a criação de órgãos de controle e a luta contra a corrupção e o reequilíbrio entre os poderes do executivo e do legislativo (GIL LAVEDRA, 2002). Outros autores identificaram pontos adicionais de coincidência, como a abertura ao reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas (YRIGOYEN, 2009) e ao direito inter-

nacional dos direitos humanos (MANILI, 2002; AYALA, 2002; ABREGÚ; COURTIS, 2004); bem como, elementos comuns no projeto constitucional do regime político, como a adoção de regras eleitorais mais includentes, a personalização do voto e a restrição de alguns poderes presidenciais que, em todo caso, não enfraqueceu o presidencialismo próprio da região, pois, paradoxalmente, combinou-se com a ampliação de outros poderes do presidente e com a consagração da reeleição imediata em alguns países (NEGRETTO, 2009). Em trabalho anterior, um dos autores deste texto também mencionou uma sistematização desses pontos comuns, advertindo alguns dos já assinalados e ressaltando outros como o reconhecimento da diversidade em múltiplos campos, aliado a um forte compromisso com a igualdade; a superação de certos atributos confessionais; a adoção da fórmula do Estado Social de Direito; a adesão aos princípios de integração latino-americana; a adoção de uma organização eleitoral autônoma e especializada e o fortalecimento dos processos de descentralização (UPRIMNY, 2011).

Os pontos comuns sugerem a existência de um gênero de constitucionalismo latino-americano, que poderia caracterizar as posturas constitucionais durante as três últimas décadas e que, além disso, marcaria um ponto de inflexão com relação ao passado constitucional da região. No entanto, também há diferenças significativas tanto no que diz respeito à origem e à natureza do processo constitucional, como à intensidade e à orientação das mudanças. É a partir dessas diversidades que alguns autores destacam a particularidade dos mais recentes processos constitucionais da Venezuela, Bolívia e do Equador – e, em menor medida, o da Colômbia, como representação de um autêntico novo constitucionalismo latino-americano que não apenas constituiria uma renovação das práticas constitucionais na América Latina, mas também que comportaria uma alternativa em face do constitucionalismo europeu e estadunidense, sob cuja sombra foram, em boa medida, edificados os nossos sistemas constitucionais (ÁVILA, 2011 e 2012; NOGUERA, 2012; VICIANO; MARTÍNEZ, 2012). A revitalização do princípio da soberania popular, a aposta pela plurinacionalidade, a inclusão da questão ambiental, a maior intervenção do Estado na economia e a promoção de alternativas econômicas ao capitalismo seriam suas características distintivas.

O texto tenta, desse modo, dar continuidade a esses esforços por precisar quais são as características compartilhadas pelas constituições latino-americanas

adotadas e reformadas nas últimas décadas, a fim de debater seus potenciais democráticos, mas também suas possíveis contradições e tensões, e seus eventuais riscos autoritários. Para atingir este propósito, ele está dividido em sete partes. A primeira parte é uma reflexão metodológica, que busca justificar que abordemos o exercício comparado a partir dos textos constitucionais; a segunda parte é empírica e sistematiza as características comuns do recente constitucionalismo latino-americano. Isto nos permite, na terceira parte, tentar um primeiro exercício de interpretação empírica e de caracterização do constitucionalismo latino-americano contemporâneo, ao qual definimos como um neoconstitucionalismo transformador, orientado ao fortalecimento da democracia e sustentado na defesa do pluralismo, da diversidade e da igualdade. É no fundo uma aposta para conquistar um constitucionalismo forte com uma democracia forte, orientados com o intuito de favorecer a igualdade e a diversidade. Na quarta parte, nos referimos de maneira especial aos casos da Venezuela e, em particular, da Bolívia e do Equador, pois consideramos que estas constituições têm diferenças significativas com relação àquelas dos demais países da região.⁴ Depois deste esforço de sistematização empírica, a quinta parte é um trabalho de valorização filosófica e política dessas novas tendências constitucionais da região. Ali enfatizamos a relevância e as potencialidades democráticas desses desenvolvimentos constitucionais diante da realidade latino-americana, mas também suas tensões latentes e suas limitações. Por isso, na sexta parte exploramos dois possíveis tipos de constitucionalismo que podem ser desenvolvidos na prática, o que fazemos a partir de uma breve exploração dos méritos e das limitações dos casos colombiano e venezuelano. O texto termina com algumas breves conclusões.

1 QUESTÕES PRÉVIAS DE MÉTODO⁵

O esforço para conseguir um panorama completo do constitucionalismo latino-americano contemporâneo exige uma análise compreensiva das dinâmicas constitucionais de cada país da região, o que implica não apenas uma revisão das constituições, mas também de seus desenvolvimentos legislativos, jurisprudenciais, políticos e sociais. Isto é, um estudo desse tipo deveria não apenas examinar o texto constitucional ou a constituição formal, mas também a prática constitucional de cada país, que, em determinadas ocasiões, diverge substantivamente dos prescritos nos textos jurídicos. Essa espécie de análise

enfrenta, no entanto, uma primeira dificuldade, que é o considerável número de países que compõem a região, o que, em uma pesquisa de curto prazo como a que propõe este artigo, limita as possibilidades de ir muito além dos textos constitucionais.

Reconhecemos que uma análise de tendências que se funde essencialmente em um conceito formal e estático de constituição é insuficiente para dar conta do constitucionalismo latino-americano, ao menos pelas seguintes três razões:

1) Porque deixa de lado as normas que regulamentam aspectos que atingem a estrutura constitucional de um país, mas que não fazem parte do documento que se identifica como constituição, como aquelas que se referem aos direitos das pessoas ou aquelas que regulamentam, por exemplo, o regime de partidos e o sistema eleitoral, as quais são determinantes na definição das condições de acesso ao poder político. Por exemplo, na Argentina aprovou-se recentemente uma lei que estabeleceu o matrimônio civil entre pessoas do mesmo sexo, o que implica uma modificação profunda do entendimento tradicional do conceito de família que está presente em boa parte das constituições da região. Trata-se, além disso, de uma mudança que diz muito a respeito do alcance do direito à igualdade naquele país, e constitui, por sua vez, uma amostra da superação de características confessionais que matiza o fato de que o texto constitucional da Argentina seja um dos que ainda se refere à religião católica como culto oficial.

2) Este enfoque é limitado porque também deixa de lado as decisões judiciais que fixam o alcance das normas constitucionais e que, por essa razão, acabam, em determinadas ocasiões, sendo tão importantes como os próprios textos constitucionais. Com efeito, uma boa parte das normas constitucionais, em especial aquelas que definem os direitos, tem uma estrutura de princípios que se caracteriza por um considerável grau de indeterminação semântica e porque suas condições de aplicação são abertas.

3) Nesse sentido, a função dos juízes constitucionais ao resolver as ações de proteção aos direitos torna-se definitiva para caracterizar as tendências constitucionais de um país. Desse modo, por exemplo, para ter uma visão completa dos direitos das comunidades étnicas na Colômbia não basta ler as cláusulas da Constituição de 1991, mas é necessário, sim, acudir à jurisprudência da Corte Constitucional que, por exemplo, reconheceu, a partir dos

últimos desenvolvimentos do direito internacional dos direitos humanos, não apenas o direito à consulta prévia, mas também ao consentimento prévio, livre e informado quando se tratar da realização de projetos de grande envergadura que tenham grande impacto nos territórios indígenas ou afro-colombianos (Corte Constitucional, Sentença T-760/09).

Adicionalmente, uma análise comparada que se centra exclusivamente nos textos constitucionais corre o risco de alimentar uma visão distorcida do alcance do constitucionalismo regional, devido à brecha que existe entre o que está escrito e o que se opera efetivamente na realidade. A ineficácia foi uma das características do direito da América Latina ao longo de sua história, a tal ponto que os autores que estudaram o tema, como Mauricio García Villegas, advertem que o fenômeno é “em determinadas ocasiões de tal magnitude que coloca na tela do julgamento a validade do direito” (GARCÍA, 2011, p. 161). Segundo o autor, “os latino-americanos vivemos em uma espécie de sociedade esquizofrênica, na qual se fala muito do que deve ser e se promulga muito sobre o dever, mas se pratica muito pouco o que se promulga” (GARCÍA, 2011, p. 177).

No entanto, apesar de suas limitações, uma análise das tendências, baseada nos textos constitucionais, também tem um valor intrínseco que não deve ser menosprezado. Em primeiro lugar, as constituições escritas compõem um ponto de partida do regime e da prática constitucionais e, nesse sentido, são uma peça fundamental para entender e valorizar os desenvolvimentos da Constituição tanto pela via legislativa, como pela via jurisprudencial e administrativa. Em segundo lugar, apesar dos problemas de eficácia normativa que são comuns nos países latino-americanos e que se expressam na enorme brecha entre o que está escrito e o que efetivamente opera na realidade, os textos constitucionais estão longe de ser irrelevantes: a forma como se distribuem as funções dos poderes bem como o tipo de ferramenta à disposição dos cidadãos para exercerem seus direitos têm a potencialidade de configurar determinado curso de ação na prática social e política. E, adicionalmente, apenas conhecendo o que dizem os textos constitucionais é possível aprofundar em agendas de pesquisa – tão necessárias no contexto latino-americano – sobre a eficácia real do direito e sobre a pertinência das mudanças constitucionais para enfrentar os problemas da região.

Considerando as dificuldades metodológicas, por um lado, e as limitações e potencialidades de uma análise centrada nos textos constitucionais, por

outro, concluímos que a opção mais razoável seria combinar uma revisão detalhada dos textos, com o estudo qualitativo mais profundo de dois casos emblemáticos da região que não se limitassem à análise das constituições formais, mas que considerasse também as práticas constitucionais. Por essa razão, para a parte mais descritiva deste trabalho, que é a que se refere às características comuns e à tipificação do constitucionalismo regional, concentramo-nos na análise dos textos constitucionais; de modo inverso, na última parte do artigo, na qual nos referimos às distintas vias de transformação constitucional, aprofundamo-nos nos casos da Colômbia e Venezuela, ampliando a análise aos desenvolvimentos institucionais mais significativos que ocorreram em cada um desses países depois da aprovação de suas respectivas constituições. Desse modo, acreditamos que serão aproveitadas as vantagens de uma análise centrada nos textos, ao passo que se reduzem algumas de suas limitações.

2 CARACTERÍSTICAS COMUNS DAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS CONTEMPORÂNEAS

Esta seção retoma, atualiza e modifica parcialmente a sistematização das características comuns sugerida por um destes autores em artigo anterior (UPRIMNY, 2011). As tendências sugeridas nessa oportunidade foram reexaminadas a partir de uma revisão dos textos constitucionais vigentes, em cada um dos países da região latino-americana, da informação fornecida por alguns especialistas nacionais, bem como do contraste com a base de dados do *Comparative Constitutional Project*.⁶ Em conformidade com esse reexame, a maioria das características propostas se confirmou, mesmo que seja possível advertir alguns matizes em função do seu nível de extensão na região.

Existem quatro aspectos que todos os países, sem exceção, compartilham: a aposta pelo fortalecimento dos processos de descentralização, o estabelecimento de alguma modalidade de controle constitucional por via judicial, a criação de órgãos orientados a incrementar a transparência no acesso e no exercício da função pública e a ampliação do catálogo de direitos para além de uma agenda estritamente liberal. Esse conjunto de características constituiria, então, o núcleo rígido dos pontos de coincidência entre os textos constitucionais. No entanto, ao lado do elemento rígido comum, existe outro conjunto de características, que, se não está presente em todas as constituições, é

possível identificar em boa parte delas⁷ (como exceções recorrentes a esse conjunto de características estão as Constituições do Haiti, Uruguai, El Salvador e de Honduras). Tais traços aparecem tanto na parte dogmática, que define os princípios e direitos, como na parte orgânica, que regulamenta a distribuição do poder entre as instâncias estatais. Desse modo, na parte dogmática, é possível identificar seis características comuns, adicionais às de ampliação de direitos que já foram mencionadas: i) o reconhecimento do pluralismo, seja no âmbito cultural ou no político; ii) um compromisso forte com a igualdade e a superação de distintos tipos de discriminações; iii) a incorporação de direitos especiais aos grupos étnicos, especificamente as comunidades indígenas; iv) a abertura ao direito internacional dos direitos humanos; v) a consagração de mecanismos judiciais para a proteção dos direitos e vi) a inclusão de mecanismos de democracia direta.⁸ E na parte orgânica, além das já mencionadas características da descentralização, o controle constitucional por via judicial e a criação de órgãos anticorrupção, aparecem como características comuns: i) o fortalecimento da independência judicial e ii) algumas tentativas limitadas de moderar o presidencialismo.

Feitos esses esclarecimentos, descreveremos as tendências comuns do recente constitucionalismo latino-americano.

2.1 Tendências comuns na parte dogmática

As modificações na parte dogmática das constituições latino-americanas apontam essencialmente ao reconhecimento da diversidade em múltiplos campos e ao fortalecimento dos direitos constitucionais. A esse respeito, é possível identificar sete pontos comuns a parte das novas constituições:

Primeiro, a maioria das reformas e dos novos textos constitucionais modifica de forma significativa o entendimento da unidade nacional, pois já não se trata de promover uma homogeneização das diferenças, como tentaram fazer alguns projetos constitucionais prévios, em décadas passadas,⁹ mas, pelo contrário, de reconhecer as diferenças e valorizar o pluralismo em todas as suas formas. Muitas constituições começam, desse modo, a definir suas nações como pluriétnicas e pluriculturais e estabelecem como princípio constitucional a promoção da diversidade.¹⁰

Segundo, as reformas constitucionais expressam um compromisso com a igualdade e a proibição da discriminação, que vai além da concepção do

século XIX da igualdade formal entendida como simples igualdade perante a lei. Além de proibir as distinções arbitrárias com base em critérios históricos de discriminação, como a raça e o gênero, várias constituições outorgam algum tipo de proteção especial a grupos historicamente discriminados, particularmente aos indígenas, às mulheres e às pessoas em situação de deficiência. A maioria consagra direitos especiais a favor dos indígenas;¹¹ outras contêm algumas disposições a favor dos direitos das mulheres, como as relativas ao acesso igualitário a cargos públicos,¹² à erradicação da violência,¹³ ou à proteção especial em matéria trabalhista;¹⁴ enquanto outras se referem aos direitos das pessoas com deficiência.¹⁵ Igualmente, algumas estabelecem o dever de adotar ações afirmativas para conseguirem que a igualdade seja real e efetiva.¹⁶

Terceiro, e ligado diretamente aos dois pontos anteriores, as reformas constitucionais reconhecem a diversidade étnica e amparam especialmente o grupo de indígenas,¹⁷ aos quais, inclusive, em certos países, lhe são reconhecidos direitos especiais e diferenciados de cidadania, como o estabelecimento de circunscrições especiais de representação política – são os casos de Bolívia (art. 146, inc. VII), Colômbia (art. 171), Equador (art. 257) e Venezuela (art. 186, inc. 3) –; o reconhecimento de suas línguas como línguas oficiais – Bolívia (art. 5), Colômbia (art. 10), Equador (art. 2º), Paraguai (art. 140), Peru (art. 48) e Venezuela (art. 9) –; bem como de um poder judiciário próprio e autonomia em seus territórios para a decisão de certos conflitos, de acordo com suas cosmovisões.¹⁸

Essa tendência ao reconhecimento da diversidade e à outorga de direitos especiais às comunidades indígenas adquire aspectos ainda mais radicais nas recentes Constituições boliviana e equatoriana que propõem a existência de uma nação de povos ou de um Estado plurinacional, e constitucionalizam concepções provenientes da tradição indígena, como a noção de vida com qualidade e os direitos que lhe estão associados.¹⁹ Além disso, essas Constituições admitem mais autonomia aos povos indígenas para o governo de seus assuntos.

Quarto, quase a totalidade das reformas foi muito generosa no reconhecimento de direitos constitucionais a seus habitantes, pois não apenas incorporaram os direitos civis e políticos herdados da tradição “demoliberal” – como a intimidade, o devido processo, a liberdade de expressão ou o direito ao voto –,

mas também estabeleceram amplamente os direitos econômicos, sociais e culturais – como a educação, a moradia e a saúde – e, inclusive, avançaram no reconhecimento de formas de direitos coletivos, em especial o direito ao meio ambiente, e, inclusive como já vimos, direitos especiais de autonomia e cidadania a certos grupos populacionais, em especial os indígenas.²⁰ Nesse aspecto, também a Constituição equatoriana propõe novidades, pois não apenas estabelece direitos não reconhecidos em textos prévios, como o direito à água, como também, inclusive, reconhece direitos à natureza ou “Pachamama” como tal, que é assim, ao menos formalmente, sujeito jurídico.²¹

As técnicas de reconhecimento desses direitos têm algumas variações nacionais; em alguns casos, como na Argentina, o mecanismo foi a constitucionalização direta e expressa de numerosos tratados de direitos humanos;²² em outros, como no Brasil, o mecanismo foi estabelecer esses direitos no texto constitucional;²³ outros ordenamentos constitucionais como o colombiano ou o venezuelano usaram ambos os mecanismos, pois não apenas constitucionalizaram certos tratados de direitos humanos, como também estabeleceram diretamente na Constituição uma ampla carta de direitos das pessoas.²⁴ Porém, independentemente do mecanismo jurídico empregado, a tendência e o resultado foram semelhantes: uma ampliação considerável dos direitos constitucionalmente reconhecidos, em face dos textos anteriores.

Quinto, esse reconhecimento generoso dos direitos constitucionais ocorreu na maior parte das constituições por uma vigorosa abertura ao direito internacional dos direitos humanos, em especial por meio do tratamento especial e privilegiado dos tratados de direitos humanos (MANILI, 2002; AYALA 2002; ABREGÚ; COURTIS, 2004), que levou a uma ampliação importante por juízes nacionais dos padrões internacionais de direitos humanos, por meio de figuras como o bloco de constitucionalidade, que adquiriu um significado especial na América Latina (UPRIMNY, 2006).²⁵

Esta abertura ao direito internacional dos direitos humanos, junto com o reconhecimento da multiculturalidade (ou, inclusive, da plurinacionalidade) e das competências próprias da jurisdição indígena, foi traduzida em um pluralismo jurídico acentuado na América Latina, que desgastou o sistema tradicional de fontes jurídicas e o papel central que tinha no passado a lei e a regulamentação governamental nos ordenamentos jurídicos nacionais. Com efeito, as fontes jurídicas multiplicaram-se, tornando mais complexo o direito, visto

que para conhecê-lo não basta consultar a lei – que, obviamente, continua com um papel importante –, mas também deve-se recorrer aos desenvolvimentos do direito internacional dos direitos humanos e às fontes do direito indígena.

Sexto, a maior parte das reformas quis explicitamente que o reconhecimento dos direitos fundamentais não fosse puramente retórico, mas que tivesse eficácia prática, pelo que foram ampliados os mecanismos para sua proteção e garantia. Desse modo, quase todas as reformas previram formas judiciais diretas de proteção dos direitos, como o amparo ou a tutela.²⁶ Adicionalmente, parte das constituições previu, com denominações diversas, formas de *ombudsman* ou de “defensores do povo” – o que hoje se conhece, em termos gerais, como instituições de promoção e proteção dos direitos humanos²⁷ –, que têm a seu cargo a promoção e proteção dos direitos humanos.²⁸

Sétimo, uma parte das reformas foi orientada pela ideia de ampliar e fortalecer a democracia e os espaços de participação cidadã. Por isso, em geral, não se limitaram a restabelecer a democracia representativa – o que era por si transcendental quando se tratava de superar ditaduras militares –, mas tentaram gerar novos espaços de participação cidadã por meio do reconhecimento e ampliação dos mecanismos de democracia direta, como as consultas populares e os referendos.²⁹ Nesse aspecto, as Constituições boliviana e equatoriana marcam também diferenças importantes, já que estimulam novas formas participativas, que buscariam superar as limitações da democracia liberal, já que incorporam também o reconhecimento da democracia comunitária desenvolvida pelos povos indígenas (SANTOS, 2010).

Finalmente, várias constituições tendem a superar o confessionalismo imperante de muitos países, os quais outorgavam privilégios importantes à Igreja Católica. No entanto, nesse ponto, não é possível falar de um caráter comum, pois vários países dão amostras da persistência de algumas características confessionais. A superação está clara nas Constituições de Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Haiti, México, Nicarágua, Paraguai, Uruguai e Venezuela. No entanto, mesmo que todas as constituições latino-americanas reconheçam a liberdade de cultos, a manutenção de específicas características confessionais é evidente em algumas delas. Desse modo, alguns outorgam uma espécie de preeminência à Igreja Católica. Por exemplo, a da Argentina estabelece que o “Governo Federal defende o culto católico apostólico romano” (art. 2), e a da Costa Rica dispõe que a religião católica é a do Estado e

que, além disso, reconhece a liberdade de cultos que “não se oponham à moral universal e aos bons costumes” (art. 75).³⁰ Por outro lado, a Constituição do Panamá “reconhece que a religião católica é a da maioria dos panamenhos” (art. 35) e consagra também a liberdade de cultos “sem outra limitação que o respeito à moral e à ordem pública” (art. 35); a de El Salvador reconhece a representação jurídica da Igreja Católica, mesmo que disponha que as demais igrejas poderão atuar em conformidade com a lei (art. 26); e a do Peru dispõe que, dentro “de um regime de independência e autonomia, o Estado reconhece a Igreja Católica como elemento importante na formação histórica, cultural e moral do Peru e lhe presta sua colaboração” (art. 50).

Outro caráter confessional de algumas constituições é o estabelecimento de disposições que tendem a proscrever a interrupção voluntária das gestações, ao definir que se protege a vida humana desde a sua concepção. Isto ocorre com as Constituições de El Salvador (art. 1), Guatemala (art. 3), Honduras (art. 67) e a da República Dominicana (art. 37). Essas disposições refletem, em boa medida, a influência da Igreja Católica na configuração de alguns dos princípios constitucionais que eventualmente podem censurar os dogmas religiosos.

2.2 Tendências comuns na parte orgânica

As reformas constitucionais das duas últimas décadas trouxeram igualmente mudanças importantes no projeto das instituições, em especial no âmbito do sistema judicial, do regime político e do ordenamento territorial.

Primeiro, um elemento comum na maioria dos processos constitucionais na região foi o esforço por fortalecer o sistema judicial, não apenas para aumentar sua eficiência a fim de acoisar o delito e tramitar os conflitos,³¹ mas também para aumentar sua independência que era vista, com razão, como extremamente precária em toda a região.³² Para este último propósito, um mecanismo comum foi a tentativa de retirar a nomeação e a carreira dos juízes da intervenção direta do poder executivo, por meio da criação de instâncias autônomas de administração da área judicial e encarregadas parcialmente da seleção dos juízes, usualmente denominadas conselhos superiores da magistratura.³³ Outros países não criaram órgãos autônomos de administração da área, mas, encomendaram essa tarefa ao Supremo Tribunal, tal como ocorre no Chile (art. 82). E outras Constituições, como as do Panamá (art. 214) e da Guatemala (art. 213), conferem uma porcentagem fixa do orçamento para a área judiciária.

Segundo, o fortalecimento da área judicial não se limitou às reformas destinadas a aumentar sua eficiência e sua independência, mas também consistiu em lhe atribuir responsabilidades importantes na proteção e garantia de direitos e no controle das eventuais arbitrariedades dos órgãos políticos, por meio da incorporação ou fortalecimento de formas de justiça constitucional. Praticamente todos os países contam com um sistema de gestão constitucional concentrado;³⁴ e as do Brasil (art. 97), da Colômbia (art. 4), da Guatemala (art. 266), de Honduras (art. 185, n. 2), do Peru (art. 138) e da Venezuela (art. 334) contam também com mecanismos de controle difuso. Na Argentina, é totalmente difuso e opera mediante a ação de amparo (art. 43). No Haiti, o controle é exercido apenas pela Corte de Cassação, em função dos litígios que a ela cheguem (art. 183).

Este sistema de controle constitucional judicial foi acompanhado em muitos casos pela consagração de uma ação pública de inconstitucionalidade, por meio da qual os cidadãos podem impugnar as normas gerais por sua incompatibilidade com a constituição, pelo que pode operar tanto como um mecanismo judicial para a proteção dos direitos, como uma via de participação cidadã nos assuntos públicos. As diferenças entre os países ocorrem com relação à facilidade de acesso para o exercício da ação. Bolívia (arts. 135 e 212), Colômbia (art. 246), Costa Rica (art. 10), Equador (art. 436), El Salvador (art. 174), Guatemala (art. 267), Nicarágua (art. 187), Panamá (art. 206, n. 1) e Venezuela (art. 334) contam com uma ação pública ampla, sem maiores limitações para seu exercício. Em Honduras (art. 185), República Dominicana (art. 185, n. 1) e Uruguai (art. 258) a ação é pública, mas com algumas restrições, pois é necessário demonstrar um interesse legítimo. No Brasil (art. 103) e no México (art. 105, inc. II), a ação apenas pode ser apresentada por certas autoridades ou organizações políticas ou acadêmicas. E, no Peru, pode ser apresentada a demanda com o respaldo de cinco mil assinaturas dos cidadãos.³⁵

Terceiro, do ponto de vista da organização territorial do poder, a totalidade das constituições sugere fortalecer os processos de descentralização, por meio de três dispositivos institucionais considerados complementares. Em primeiro lugar, a ampliação dos funcionários locais eleitos por voto popular, pois, no passado, muitos deles eram designados pelas autoridades nacionais, em especial pelo presidente.³⁶ Em segundo lugar, a atribuição de novas competências, em especial em matéria de gasto social, às entidades

locais.³⁷ E, por fim, o estabelecimento de mecanismos para fortalecer economicamente as autoridades locais, em especial, e graças ao sistema de transferências de recursos do governo central aos governos locais.³⁸

Convém destacar que o fortalecimento da autonomia territorial provocou debates intensos em certos processos constitucionais, como o boliviano, sobretudo os que têm relação com a administração centralizada ou não do dinheiro proveniente dos recursos naturais, pois era esse conflito que enfrentavam as regiões ricas e petroleiras, como Santa Cruz, diante das pretensões mais centralizadoras nesse aspecto do governo de Evo Morales e do movimento indígena. O dito conflito ameaçou a viabilidade do processo constituinte. E no caso venezuelano também foi feito um debate a esse respeito, pois alguns setores acusaram o presidente Chávez de ser inimigo da descentralização, ao promover formas de organização comunal em âmbito local mas dependentes do nível central (LALANDER, 2012).

Quarto, o fortalecimento da independência da área judiciária – especialmente diante do poder executivo – e dos processos de descentralização – particularmente no que diz respeito à eliminação ou restrição do poder do presidente de designar mandatários locais – foi acompanhado em muitos países de uma estratégia mais global de reprojeto do regime político, com o fim de reduzir os excessos do poder presidencial, que eram vistos como uma das raízes do autoritarismo em quase todos os processos constitucionais regionais. A medida predominante entre os países latinos para tal fim foi a ampliação dos poderes de controle do Congresso sobre o Executivo por meio de interpeleções, julgamentos de responsabilidade política e, em alguns casos, a possibilidade de vetar ministros.³⁹ Outra via comum praticamente para a totalidade dos países e que tem efeitos sobre a redução do poder presidencial é o reconhecimento da maior autonomia ao Banco Central, a fim de diminuir a política monetária da influência direta do governo.⁴⁰ Nesse aspecto, a única exceção é o Equador, onde a política cambiária, monetária, creditícia e financeira é poder do Executivo e o Banco Central está submetido a ele.

Por outro lado, a maioria dos países impede a reeleição presidencial imediata. Isto ocorre na Guatemala, no Haiti, no Panamá, no Paraguai, no Peru,⁴¹ no Chile, no México, na República Dominicana, em El Salvador, em Honduras e na Nicarágua. Entretanto, nos últimos anos, vários países aprovaram a possibilidade da reeleição imediata do presidente, em especial, para poder eleger gover-

nantes carismáticos, tal como ocorreu na Argentina com Menem, no Brasil com Cardoso, na Colômbia com Uribe e na Venezuela com Chávez.⁴²

As tentativas de enfraquecimento do presidencialismo foram limitadas, pois não apenas nenhum país latino-americano optou por fórmulas parlamentares,⁴³ apesar de ter havido nos anos 1990 múltiplas propostas acadêmicas que defenderam os benefícios do parlamentarismo para os nossos regimes políticos,⁴⁴ como também as constituições da região conservaram para o presidente poderes enormes ante o modelo presidencial clássico, como a possibilidade de nomear e remover diretamente, sem nenhuma intervenção do Congresso, os seus ministros (GARGARELLA, 1997). Por outro lado, durante as três últimas décadas, os poderes legislativos do presidente, ao invés de reduzir, aumentaram. Desse modo, o poder de objetar as leis universalizou-se na região durante esse período, e a possibilidade de propor reformas constitucionais consagrou-se em 90% dos casos (CHEIJUB; ELKINS; GINSBURG, 2011), enquanto apenas em alguns países foram fixadas restrições expressas a outorga de poderes legislativos com relação a algumas matérias como os direitos constitucionais, os mecanismos de participação democrática, a divisão político-administrativa, a aprovação de tratados internacionais e das leis de orçamento e o estabelecimento de impostos.⁴⁵

Quinto, a criação ou fortalecimento de órgãos autônomos orientados a fim de aumentar a transparência no acesso e no exercício da função pública. Por um lado, praticamente todas as constituições⁴⁶ esforçaram-se para reconhecer explicitamente no próprio texto constitucional alguma forma de organização eleitoral autônoma e especializada, com o objetivo de assegurar mais imparcialidade e transparência nos processos eleitorais. Algumas reformas recorreram à criação de um órgão judicial, como o Tribunal Superior Eleitoral mexicano, ou, às vezes, instauraram órgãos não judiciais, como o Conselho Nacional Eleitoral colombiano, mas, em todo caso, trata-se em geral de instâncias especializadas e autônomas, com as quais as reformas recentes tenderam a consolidar o que alguns chamaram de modelo latino-americano de organização eleitoral, por oposição ao modelo europeu, no qual não existe organização eleitoral autônoma. Por outro lado, todas as constituições latino-americanas consagram uma controladoria ou auditoria geral encarregada de fiscalizar a administração dos recursos públicos, fortalecendo, desse modo, os processos de prestação horizontal de contas.

3 EM DIREÇÃO A UMA CARACTERIZAÇÃO

DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A exposição precedente dá conta de algumas particularidades compartilhadas por parte dos textos constitucionais latino-americanos vigentes no momento, e nos quais se cristalizam as reformas substanciais e os resultados de processos constituintes empreendidos nas três últimas décadas. Como caracterizar esses pontos de coincidência? Estes configuram um modelo do constitucionalismo latino-americano capaz tanto de se distinguir dos modelos constitucionais precedentes, como de definir um elemento regional comum?

3.1 Um constitucionalismo aspiracional, igualitário e pluralista

Se alguém tentar condensar os pontos expostos na primeira parte deste trabalho e buscar também captar os padrões que subjazem aos pontos de coincidência entre as distintas Constituições latino-americanas das últimas décadas, é possível obter um tipo ideal que teria as seguintes características.⁴⁷

Primeiro, e ainda que pareça óbvio, todos os ordenamentos mostram uma adesão aos governos civis e uma aposta pela consolidação do Estado de Direito. Essa característica torna-se ainda mais relevante naqueles países da região nos quais as novas constituições marcaram a passagem de um regime autoritário para um democrático. É o caso das Constituições de Honduras (1982), Panamá (1983), El Salvador (1983), Guatemala (1986), Nicarágua (1987), Brasil (1988) e Paraguai (1992), bem como da reforma constitucional de 2005 no Chile, que buscava suprimir as partes autoritárias da Constituição de 1980, aprovada durante a ditadura de Pinochet. Cabe, inclusive, mencionar a Constituição colombiana de 1991, que se não era um texto maleável entre um regime ditatorial e um democrático, insinuava acabar com os excessos autoritários dos governos civis que por meio do uso e do abuso do Estado de exceção conseguiram colocar entre parênteses o Estado de direito durante grande parte da segunda metade do século XX.

Mas, essa adesão ao Estado de direito não é apenas teórica, é também prática. Nas últimas décadas, com a exceção da tentativa fracassada contra Chávez e o golpe em Honduras, não houve levantamentos militares. Vários presidentes caíram, como ocorreu em diversas ocasiões no Equador e na Bolívia, não em consequência de intervenções militares, como ocorria no passado, mas por outros fatores, como levantamentos populares.

É indubitável que o afastamento dos militares de aventuras golpistas não é unicamente atribuível às mudanças constitucionais, pois obviamente deriva de outros fatores, como o fim da Guerra Fria e menos estímulo dos Estados Unidos a esse tipo de intervenções. E é possível que a consolidação de governos civis possa parecer uma conquista, mas implica uma mudança profunda na realidade política e institucional latino-americana, se se considera a frequência das ditaduras militares na região durante os séculos XIX e XX. Em certa medida, a América Latina vive hoje sua primeira verdadeira “onda constitucional”.

Segundo, as constituições recentes têm um caráter aspiracional com uma forte matriz igualitária e pluralista.⁴⁸ Com efeito, parece óbvio que a maior parte das reformas tinha como propósito a superação de certas tradições de autoritarismo e de arbitrariedade na América Latina, buscando maior consolidação do Estado de direito e um aumento da eficácia do Estado, graças ao reforço da capacidade e independência da Justiça e dos órgãos de controle. No entanto, parece igualmente evidente que os processos constitucionais tiveram propósitos mais amplos, pois buscaram também ampliar a democracia e combater as exclusões e iniquidades sociais, étnicas e de gênero. Seguindo a terminologia de Teitel, a maior parte das reformas transmitem textos que, mais do que olhar para trás (*backward looking*), projetam-se para o futuro (*forward looking*) (TEITEL, 1997), pois, além de tentar codificar as relações de poder existentes, são documentos jurídicos que tendem a delinear um modelo de sociedade a construir. São, pois, na terminologia de outros autores como Mauricio García, constituições “aspiracionais”⁴⁹ ou, na terminologia de Boaventura Santos, “constituições transformadoras” (SANTOS, 2010, p. 76 e 77), na medida em que elaboram uma proposta de uma democracia incluyente, capaz de incorporar a democracia e os benefícios do desenvolvimento aos setores tradicionalmente excluídos das sociedades latino-americanas, pois são textos cheios de promessas de direitos e bem-estar para todos.

Esta vocação transformadora tomou, em geral, duas vias: de um lado, são constituições, como já se assinalou, densas em direitos, pois consideramos que o reconhecimento de direitos coletivos ou econômicos, sociais e culturais, sobretudo a proteção judicial, contribui para mais igualdade social e à transformação democrática. Por outro lado, as constituições também contribuem para que a transformação se faça por meio de uma ampliação dos mecanismos

de participação democrática, para a qual incorporaram, além da democracia representativa, novos espaços de deliberação e participação cidadã.

Estas duas vias de transformação explicam o terceiro e quarto aspectos do constitucionalismo latino-americano recente: i) um esforço para repensar e reformular a democracia para além das formas representativas e ii) sua entrada em formas do constitucionalismo forte ou neoconstitucionalismo. Procedemos, pois, nos seguintes dois pontos para explicar detalhadamente ambos os aspectos.

3.2 Uma democracia forte: os esforços da reinvenção democrática

Muitas das reformas constitucionais recentes na América Latina, sem recusar a democracia representativa, tentaram ir um pouco além, prevendo espaços e instituições novas de participação democrática. Os cidadãos têm também a possibilidade, além de eleger e revogar representantes, de decidir por meios diretos, como os referendos, os plebiscitos ou as iniciativas populares. Há, pois, um verdadeiro esforço de reinvenção democrática que poderia ser teorizado como uma ambiciosa tentativa de articular formas mais clássicas de democracia representativa, que costumam enfatizar a dimensão deliberativa da democracia, com visões mais radicais da democracia participativa.

Isso significa que o constitucionalismo latino-americano recente busca articular, de forma criativa, tendências e tradições distintas do pensamento democrático, em que usualmente se opunham às possibilidades de deliberação e às dinâmicas de participação. Desse modo, é possível construir uma tipologia simples de algumas formas de democracia, segundo o grau em que estas admitam, níveis amplos ou restringidos de participação ou deliberação.

Muitas visões democráticas podem ser classificadas com base nessas duas variáveis: i) a amplitude da cidadania e da participação democrática e ii) a amplitude da deliberação democrática pública. Desse modo, de um lado, existem visões políticas e constitucionais que propõem que a cidadania e a participação democrática devem ser limitadas, por exemplo, para assegurar a governabilidade, enquanto outras opiniões consideram que é necessário estender e ampliar a cidadania e a participação democrática não apenas a todas as pessoas, como também ao maior número de campos da vida social, econômica e política. Por outro lado, o tema da deliberação pública igualmente opõe

distintas concepções. Para alguns autores e algumas correntes, a democracia está vinculada simplesmente ao princípio da maioria e à participação cidadã, sem que seja necessária uma discussão pública vigorosa. Ao contrário, outras visões, associadas às correntes da chamada democracia deliberativa (HABERMAS, 1995; NINO, 1997; GARGARELLA, 1996), vinculam o ideal democrático não apenas ao princípio da maioria, mas à existência de uma deliberação democrática pública e vigorosa, já que a referida discussão cumpre, para essas perspectivas, funções essenciais para assegurar a qualidade e a vitalidade da democracia e para conquistar uma sociedade mais justa.

Pois bem, se combinarmos essas duas variáveis, é possível construir uma tipologia das diversas tradições democráticas, como a que faremos no seguinte quadro:

1 TRADIÇÕES DEMOCRÁTICAS

	PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA RESTRINGIDA	PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA AMPLA
DELIBERAÇÃO PÚBLICA LIMITADA	I: DEMOCRACIAS AUTORITÁRIAS OU LIBERAIS RESTRITIVAS	III: DEMOCRACIAS POPULISTAS E PLEBISCITÁRIAS
DELIBERAÇÃO PÚBLICA AMPLA E VIGOROSA	II: DEMOCRACIAS REPRESENTATIVAS TIPO REPUBLICANO	IV: DEMOCRACIAS DELIBERATIVAS PARTICIPATIVAS

Desse modo, no item I encontramos democracias que poderíamos chamar autoritárias, que se caracterizam por recorrer à legitimação popular e ao princípio da maioria, e, nesse sentido, se dizem da tradição democrática, mas limitam consideravelmente tanto os direitos de cidadania (por exemplo, por razões de educação ou renda), como os espaços de participação, que geralmente se reduzem à eleição de alguns funcionários, igualmente essas perspectivas políticas restringem as possibilidades de discussão, pois a política é vista mais como uma forma de agregação e negociação de interesses do que de deliberação pública em busca da construção de ideias comuns de justiça. Algumas visões liberais restritivas podem também caber neste item.

O item II, por sua vez, pode situar regimes políticos que restringem a participação e os direitos de cidadania, mas que estimulam um debate público

vigoroso, ao menos entre os representantes eleitos. Alguns pontos de vista, como os que se depreendem das reflexões de Edmundo Burke ou em certas interpretações dos constituintes estadunidenses, assumem essa opção, pois, se, por um lado, restringem a participação, por outro, conferem às instâncias de representação não unicamente uma função de agregação de interesses, mas também de discussão e deliberação coletiva para formação de ideias comuns de justiça.

O item III corresponde aos regimes que poderíamos qualificar como democracias populistas, ou, inclusive, plebiscitárias, pois ampliam consideravelmente os espaços e as dinâmicas de participação, mas tendem a minimizar as dinâmicas deliberativas.

Finalmente, o item IV, que incorpora uma visão forte e ambiciosa de democracia, pois pretende, ao mesmo tempo, ampliar a cidadania e os espaços de participação, mas igualmente busca fortalecer a deliberação pública.

De certa forma, o constitucionalismo recente na América Latina buscaria chegar ao item IV, pois não apenas amplia os espaços de cidadania e de participação, como também fortalece ou, inclusive, exige a deliberação pública transparente para a tomada de certas decisões. Com efeito, muitas das formas recentes ampliaram o número de funcionários eleitos popularmente e, além disso, incorporaram novos mecanismos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo ou a consulta popular. Igualmente, algumas delas fortaleceram os mecanismos de controle para o cidadão, pois não apenas estabeleceram a revogatória do mandato para certos funcionários eleitos, mas também previram outras formas de participação cidadã, como a fiscalização, para controlar um grande número de atividades administrativas. Alguns juízes constitucionais, por seu turno, como a Corte Constitucional da Colômbia, enfatizaram que um dos propósitos do projeto constitucional é promover a deliberação pública para sustentar as decisões coletivas. Por essa razão, a Corte Constitucional daquele país declarou inconstitucionais várias leis, inclusive duas reformas constitucionais que aparentemente contavam com a maioria suficiente, mas cujo assunto aprovado o Congresso afastou do debate e da discussão pública.⁵⁰ A Corte insistiu nessas sentenças em que as sessões do Congresso não eram “um espaço em que simplesmente se formalizam ou referendam decisões e negociações que foram feitas fora das câmaras e às costas da opinião pública”, visto que em uma democracia genuína “a validade

de uma decisão majoritária não está unicamente voltada a sua adoção pela maioria, mas também que esta tenha sido publicamente deliberada e discutida, de tal maneira que as distintas razões para justificar a dita decisão tenham sido debatidas, ponderadas e conhecidas pelos cidadãos” (Sentença C-816 de 2004, Fundamentos 137 e 138).

Segundo a nossa interpretação, o constitucionalismo recente defende, desse modo, uma democracia muito forte, pois aspira que esta seja não apenas representativa, mas também participativa e deliberativa. Porém, isso não é tudo, várias Constituições, em especial as mais recentes, como a boliviana e a equatoriana, reconheceram e fortaleceram formas de democracia comunitária, fortemente vinculadas às autonomias dos povos indígenas e outras comunidades étnicas. Por isso, alguns autores falam de formas de “demodiversidade” ou de “democracia intercultural”, que articulam a democracia representativa, a participativa e a comunal, de maneira que se trata de “uma das formulações constitucionais sobre a democracia mais avançadas do mundo” (SANTOS, 2010, p. 110).

3.3 Um constitucionalismo forte: o neoconstitucionalismo

Por outro lado, as reformas constitucionais recentes na América Latina tentaram substanciar a força normativa da constituição. A maior parte das Cartas Magnas aspira ser o texto que efetivamente governe a vida em sociedade, pelo que elas incluem mecanismos de justiça constitucional que assegurem que suas promessas de direitos e bem-estar não sejam meramente retóricas, mas sim mandatos normativos com eficácia prática. Nesse sentido, as reformas constitucionais dos anos 1990 fazem a América Latina entrar no que alguns autores chamam de “neoconstitucionalismo” (CARBONELL, 2003; CARBONELL; GARCÍA, 2010), ou conforme outras terminologias, como as usadas por Ferrajoli (2001), Estados de Direito constitucionais e não puramente legais. Estamos, pois, diante de formas de constitucionalismo forte. Todas essas expressões indicam que estamos ante a ordenamentos que não se limitam a estabelecer limites ao Estado ou a projetar as instituições, mas que reconhecem uma ampla gama de direitos e princípios e impõem metas ao governo e também estabelecem formas de justiça constitucional mais ou menos fortes para que esses mandatos se cumpram.

Uma breve caracterização do neoconstitucionalismo pode ser útil para que se compreenda do que estamos falando, para isso retomamos um esquema

desenvolvido em texto anterior (RODRÍGUEZ; UPRIMNY, 2007). As constituições podem ser classificadas com base em duas variáveis básicas: i) sua força normativa e ii) seu conteúdo. Desse modo, com relação à primeira variável, existem duas opções: podemos entender a constituição ou como uma norma vinculante e aplicável ou como um documento político de grande importância, mas que não tem realmente forma normativa. A posição adotada perante essas possibilidades opõe as duas tradições clássicas do constitucionalismo liberal do século XIX. A tradição europeia, e em especial a francesa, tendia a conceber a constituição como um documento político sem força normativa, pois entendia as cartas constitucionais como documentos políticos importantes, mas que não eram vinculantes, no sentido de que não tinham mecanismos para assegurar que a lei ou as decisões do poder executivo respeitassem a constituição, o que se devia ao temor que tinham os constituintes franceses a um eventual governo de juízes. Em contraposição, está a visão normativa da constituição, segundo a qual esta já não é meramente um documento político, mas uma norma que vincula especialmente o legislador e, por via indireta, o executivo, e que, por conseguinte, tem de ter algum mecanismo de proteção de sua supremacia e de seu caráter normativo. Da ideia da constituição como norma se segue, portanto, a ideia da necessidade de alguma forma de justiça constitucional. Essa concepção normativa da constituição foi desenvolvida essencialmente pelo constitucionalismo estadunidense.

Por outro lado, do ponto de vista de seu conteúdo, encontramos a oposição entre as visões mais procedimentais da constituição e as mais valorativas ou densas em direitos. A visão procedimental defende que a constituição, mais que estabelecer uma ordem de valores que tem de ser aplicada, consagra unicamente um marco de atuação dos poderes públicos e dos particulares, isto é, regulamenta instituições e procedimentos, mas não assinala imperativamente o rumo que devem seguir as autoridades e os particulares, por isso, é conhecida mais como constituição procedimental, constituição marco ou constituição limite. As constituições mais valorativas ou densas em direitos, por sua vez, não se limitam a projetar instituições e estabelecer procedimentos, mas consagram uma ordem de valores a ser realizada e um conjunto de direitos a ser atendido. Por isso alguns as chamam constituições-programa, já que a constituição contém, em sua origem, uma agenda que tem de ser atendida pelas autoridades.

Pois bem, se cruzarmos as duas variáveis, é possível construir uma tipologia de quatro modelos de constituição resumida no seguinte quadro:⁵¹

2

UMA TIPOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES

		FORÇA NORMATIVA DAS CONSTITUIÇÕES	
		DOCUMENTO POLÍTICO	NORMATIVA
CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO	PROCEDIMENTAL OU MARCO	I: FRANÇA ANTES DE 1958	II: VISÃO DE Kelsen E CONSTITUIÇÃO DA ÁUSTRIA
	VALORATIVA OU PROGRAMA	III: ANTIGOS PAÍSES SOCIALISTAS	IV: NEOCONSTITUCIONALISMO

Por um lado, no item I encontramos constituições que são pensadas como um documento político e cujo sentido é essencialmente procedimental. Um exemplo é a visão francesa do constitucionalismo antes de 1958, visto que, posteriormente a esta data, a Constituição francesa tornou-se um pouco mais normativa, devido à criação do Conselho Constitucional. Por outro lado, no item II encontramos constituições normativas, mas procedimentais. Hans Kelsen é um dos representantes mais ilustres destas concepções. Este autor defendia o caráter normativo da constituição, porém caso se tratasse de uma constituição que não contivesse valores e princípios abstratos, Kelsen defendia, dessa maneira, uma constituição vinculante, com um tribunal constitucional que assegurasse sua força normativa, entretanto que fosse essencialmente procedimental.

No item III, encontramos as constituições valorativas, que contêm uma ordem de valores muito forte, mas não mais que um documento político, porque carecem de uma justiça constitucional para aplicá-la. O exemplo mais clássico é o dos antigos países socialistas, cujas constituições proclamavam uma ordem política, social e econômica a ser realizada, contudo não eram normativas porque não havia nenhuma instância ante a qual se pudesse controlar que as ações das autoridades se ajustassem ao prescrito pela constituição. Finalmente, no item IV, encontramos constituições valorativas ou densas em direitos, mas normativas. Essas constituições reconhecem direitos e valores e estabelecem uma ordem social a ser materializada e alguma forma de justiça constitucional como garantia para sua realização.

A maior parte das constituições latino-americanas recentes tende a situar-se no item IV, mesmo com distintos níveis de intensidade. O modelo paradigmático deste forte constitucionalismo está representado pelas constituições da Bolívia, Colômbia, do Equador e da Venezuela, que além de serem constituições muito densas em direitos e estabelecerem distintos mecanismos para sua proteção, têm os sistemas de justiça constitucional mais acessíveis da região, e talvez do mundo, pois consagram ações públicas por meio das quais qualquer cidadão pode controverter a constitucionalidade das leis, dando como resultado um pronunciamento judicial com efeito *erga omnes*. Ao lado deste grupo, as Constituições da Argentina, do Brasil, México e Paraguai, constituem versões moderadas do neoconstitucionalismo, pois as possibilidades de acesso aos tribunais constitucionais são mais restringidas e/ou os efeitos das decisões que estes adotam são mais limitados. No entanto, em todos esses casos estamos diante de expressões do neoconstitucionalismo na região.

Este constitucionalismo forte está também aberto às dinâmicas dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, devido ao tratamento especial e privilegiado aos tratados respectivos a esse tema, como o explicamos anteriormente. Isto acentua as possibilidades de proteção judicial dos direitos, ocasionalmente. Quando as dinâmicas internas dificultavam ou fechavam o acesso aos tribunais locais, certos movimentos sociais e organizações de direitos humanos da América Latina recorreram aos mecanismos internacionais de proteção destes direitos, como a Comissão ou a Corte Interamericana, a fim de obter decisões ou contribuir com a formação de padrões, que depois usariam no plano interno. Isto permitiu a formação de redes transnacionais de ativismo em direitos humanos, que angariam apoios mútuos e desenvolvem valores compartilhados, e, por essa via, conseguem contribuir na estruturação de padrões internacionais, que depois, por uma espécie de cascata normativa, serão recursos que outros ativistas utilizarão em lutas locais, o que gera na América Latina mais possibilidades de proteção judicial dos direitos.⁵² O neoconstitucionalismo latino-americano é, dessa maneira, mais vigoroso, devido a esta abertura ao ativismo transnacional de direitos humanos.

As particularidades precedentes explicam, ainda, certas características formais comuns das constituições latino-americanas recentes e tratam, também, de sua considerável extensão, em termos de direito comparado. Essas novas

constituições são não apenas muito mais extensas que aquelas as quais revogaram, mas também, em geral, são muito mais extensas que as constituições de outras regiões do mundo, em especial daquelas do capitalismo desenvolvidor.

3.4 A persistência do presidencialismo

Uma última particularidade muito importante do constitucionalismo latino-americano recente é que nem sequer no plano normativo conseguiu superar essa tradução de hiperpresidencialismo, pois a figura presidencial conserva uma preeminência na estrutura do poder público, apesar das limitadas tentativas para reduzir alguns poderes presidenciais e por fortalecer as assembleias legislativas, a área judicial e os poderes locais. Nesse sentido, para o bem ou para o mal, a vocação presidencialista dos regimes políticos latino-americanos continua sendo parte do acervo constitucional característico da região. É verdade que, como destacam alguns autores, trata-se de um presidencialismo híbrido e renovado (BLANQUER, 2001, p. 44; NOHLEN; FERNÁNDEZ, 1998), que incorpora certas regras dos regimes parlamentares, como a possibilidade de que o Congresso possa estabelecer moção de censura aos ministros. Mas, em todo caso, o centro do poder estatal continua concentrado na figura presidencial.

4 DIVERGÊNCIAS NACIONAIS: OS CASOS ESPECIAIS DA VENEZUELA, BOLÍVIA E EQUADOR

As particularidades precedentes conferem aos ordenamentos constitucionais atuais da região um determinado ar de “família comum”. Portanto, é possível falar de um constitucionalismo latino-americano atual que tem traços distintivos com relação aos ordenamentos da região no passado. No entanto, existem também diferenças importantes tanto no que diz respeito aos processos constituintes, como a certos conteúdos e orientações dos ordenamentos constitucionais adotados. Em conformidade com essas diferenças, alguns autores destacam a particularidade dos casos de Venezuela, Equador e Bolívia, e identificam neles um genuíno constitucionalismo latino-americano que não apenas implicaria uma ruptura com o passado constitucional da região, mas também formaria uma aposta inovadora com relação ao constitucionalismo europeu e norte-americano que, em boa medida, influenciaram nos desenvolvimentos constitucionais da região (VICIANO; MARTÍNEZ, 2012; FIGUEROA, 2012; PISARELLO, 2009). Coincidem, ainda,

estes autores, ao reconhecerem o caso colombiano como um que, mesmo não fazendo parte deste grupo especial, tornou-se referente importante e um impulsor do que identificam como o verdadeiro novo constitucionalismo latino-americano. Com efeito, apesar de as Constituições de Venezuela, Equador e Bolívia terem elementos importantes que as distinguem da colombiana, como mostraremos em seguida, esta última, em todo caso, institui um modelo de constituição que vincula o trânsito entre o tipo de constitucionalismo que até agora temos descrito e as novas apostas constitucionais que fazem os mais recentes processos da tríade andina.

Em seguida, nos referiremos a essas diferenças e ao impacto que elas têm na possível identificação não de um, mas de múltiplos constitucionalismos latino-americanos.

4.1 As diferenças nos processos constituintes

Autores como Roberto Viciano e Rubén Martínez indicam que o novo constitucionalismo latino-americano, representado nos casos da Venezuela, Bolívia e do Equador – e da Colômbia em menor grau –, coincide com o neoconstitucionalismo em sua pretensão de dotar de eficácia normativa a constituição, mas assinalam que “sua preocupação não é apenas pela dimensão jurídica da constituição, mas também, inclusive em primeira ordem, sobre a legitimidade democrática da constituição” (VICIANO; MARTÍNEZ, 2012, p. 20). Segundo estes autores, o selo distintivo desse novo constitucionalismo estabelece que os textos constitucionais “tiveram uma origem genuinamente democrática” (VICIANO; MARTÍNEZ, 2012, p. 33) e, em tal sentido, refletem fielmente a vontade do poder constituinte. Por essa razão, nesses casos estaríamos diante de um verdadeiro constitucionalismo democrático que reconhece no exercício da soberania popular o fundamento da constituição.

Com efeito, os textos constitucionais são o resultado de processos constituintes diversos, tanto em seu propósito como em sua natureza. Por um lado, com relação ao propósito, é possível distinguir entre processos constitucionais mais “fundamentais”, que se projetavam em aberta ruptura com o passado, como o paraguaio, o venezuelano, o colombiano, o equatoriano ou o boliviano, e outros processos mais transacionais, de ajuste ou de consenso, que buscavam corrigir defeitos da institucionalidade existente, mas também valorizavam muitas das tradições prévias e conservaram partes de seus elementos, como parece ter sido

o caso argentino, mexicano ou o costa-riquense. Igualmente, a maioria das constituições aprovadas durante os anos 1980 marcou a transição de ditaduras a governos democráticos, enquanto outras buscaram regimes democráticos com déficits de legitimidade, como no México e na Colômbia; e alguns foram consequência do surgimento de novas forças políticas com um significativo respaldo popular, como na Venezuela, no Equador e na Bolívia.

Com respeito a sua natureza, os processos constituintes diferem com relação ao grau de participação democrática na discussão, elaboração e aprovação do texto da lei. Nos casos de México, Costa Rica e Chile, o grau de participação foi reduzido, pois se tratou de reformas constitucionais parciais que foram realizadas pelo congresso e nas quais a população não desempenhou nenhum papel em sua promoção, muito menos em sua elaboração. Em outros lugares, como o Peru e a Argentina, a iniciativa da mudança constitucional foi dos presidentes, que finalmente determinaram em boa medida os processos constituintes. No Peru, apesar da aprovação da constituição ter sido submetida ao referendo, o processo constituinte foi impulsionado pelo regime autoritário do então Presidente Fujimori, e foi precedido pela dissolução do congresso e a intervenção do poder judicial por parte daquele em 1992, e a consequente instalação de um governo de emergência entre 1992 e 1993. Em 1992 foram celebradas as eleições do Congresso Constituinte, mas várias agrupações políticas optaram por não participar. Na Argentina, a ordem da reforma de 1994 foi o Pacto de Olivos, celebrado entre o então Presidente Menem e um setor da oposição liderado pelo ex-presidente Alfonsín, com o qual se buscava permitir a reeleição presidencial do primeiro em troca da redução de alguns poderes presidenciais. Mesmo que a reforma tenha sido discutida e aprovada por uma Convenção Nacional Constituinte, eleita popularmente, seus integrantes estavam sujeitos à lei declarativa que convocou a convenção e à qual foi ordenado que se deveria aprovar em bloco o “núcleo de coincidências básicas” que acolhia o Pacto de Olivos.

Em contraste com os processos anteriormente aludidos, as mudanças constitucionais antecipadas nos países que transitaram de um governo autoritário a um democrático durante a década de 1980, em termos gerais, com um maior nível de legitimação democrática, pois as novas constituições foram debatidas e aprovadas em assembleias eleitas popularmente e nas quais foram representados diversos setores políticos, foi o caso da Guatemala e do Paraguai, nos

quais o povo elegeu assembleias constituintes; da Nicarágua, em que a nova constituição foi discutida e adotada pelo congresso eleito popularmente depois do triunfo da revolução sandinista, mas que contava com a representação de setores não sandinistas; e do Brasil, onde o povo participou na eleição de dois terços do Congresso que atuou como assembleia constituinte.⁵³ Excetua-se deste grupo o Panamá, onde o processo de reforma constitucional, resultado do desgaste da ditadura do general Torrijos, foi bastante fechado, pois, depois da morte do ditador, a Guarda Nacional conformou uma comissão de reforma com membros de partidos políticos e com alguns independentes. O povo panamenho não teve, dessa maneira, sequer participação na eleição daqueles que se encarregaram de discutir e aprovar a reforma.⁵⁴

São os processos da Colômbia, da Bolívia, do Equador e da Venezuela – especialmente estes três últimos – os que contam com um maior grau de legitimação popular. No caso colombiano, distintas forças políticas e sociais, que em décadas anteriores se enfrentaram, conseguiram um consenso sobre a possibilidade de convocar uma assembleia constituinte como acordo político de ampliação democrática, que permitiu uma saída da difícil crise que vivenciavam. O movimento estudantil e os governos dos presidentes Barco e Gaviria tiveram um papel catalisador e articulador para materializar a convocatória. Ainda que as eleições da assembleia constituinte não tenham sido massivas, tiveram como resultado a formação de um corpo pluralista e diverso, em que nenhuma forma era hegemônica. As Constituições venezuelana, boliviana e equatoriana, por sua vez, têm como antecedente o poder de novas forças políticas com amplas bases populares. Nos três casos, os presidentes eleitos impulsionaram a convocatória de assembleias constituintes eleitas pela população. Também nos três exemplos, os textos aprovados por essas assembleias foram submetidos à consideração do povo mediante a figura do referendo, embora isso não tenha ocorrido no caso colombiano. Estas três Constituições contam, desse modo, com uma legitimidade reforçada,⁵⁵ pois a participação popular se deu tanto no impulso do processo constituinte como na referenda final do resultado do processo.

Essas diferenças na natureza dos processos constituintes não são nada irrelevantes na caracterização do constitucionalismo da região. Em termos da análise que aqui apresentamos, estas disparidades têm um peso particularmente significativo na definição do alcance do caráter transformador das apostas constitucionais. Pode-se dizer que, por mais democrático que tenha sido o

processo constituinte, a vocação transformadora das constituições não apenas se revela mais autêntica, como também tem potencialmente mais possibilidades de materialização. Não se trata, evidentemente, de uma relação necessária e indefectível: pode ocorrer que uma reforma parcial com escassos ou nulos níveis de participação popular, como a da Costa Rica, por exemplo, venha a apresentar um impacto transformador em matéria de proteção de direitos, como efetivamente ocorreu neste país com a introdução de uma sala constitucional na Corte Suprema de Justiça. É possível, igualmente, ocorrer o contrário: que as promessas de constituições que contam com amplas credenciais democráticas fiquem no papel. No entanto, a existência de uma participação popular de considerável envergadura não apenas outorga às constituições maior legitimidade, como também reforça seu caráter transformador enquanto se conta com uma base social para impulsionar a realização das aspirações constitucionais.

Por outro lado, também existem diferenças significativas no nível dos conteúdos constitucionais, que igualmente destacam a especialidade dos casos da Bolívia, Venezuela e do Equador. Ao menos dois temas distinguem, nesse nível, as tendências nacionais: a relação entre Estado e economia e o alcance da diversidade e das autonomias das comunidades étnicas.

4.2 As diferenças na constituição econômica

Mesmo com o reconhecimento amplo dos direitos sociais, a maioria das constituições da região prefiguram Estados que necessariamente têm de intervir na economia, mas existem claras diferenças com relação ao grau desse intervencionismo estatal. Neste aspecto, é possível identificar ao menos três tendências. Por um lado, estão as constituições que reservam ao Estado um papel menor na economia, como ocorre com a do Chile, que apenas se refere ao papel do Estado na mineração (art. 24) e que também dispõe que o Governo Federal apenas poderá desenvolver atividades empresariais caso seja autorizado por uma lei de quórum qualificado (art. 21); e a do Peru – na qual a incidência das estratégias de reforma do Estado promovidas a partir do chamado “Consenso de Washington” torna-se mais evidente –, que dá ênfase nas liberdades econômicas e que limita o papel do Estado a vigiar a livre concorrência e a defender o interesse dos consumidores e usuários (art. 59). Em menor medida, a Constituição da República Dominicana também se aproxima dessa

tendência, pois dá ênfase ao papel do Estado diante do fomento da iniciativa privada e explicitamente enuncia o princípio da subsidiariedade do Governo Federal no exercício da atividade empresarial (art. 219), mas por outro lado prevê um grau de intervenção deste no regime agrário, pois indica como seu objetivo promover a reforma agrária e eliminar progressivamente o latifúndio (art. 51, n. 3), com o que se aproxima à segunda tendência.

Esta segunda tendência corresponde àquelas constituições que atribuem ao Estado um papel na direção da economia, orientado não apenas a favorecer um funcionamento ótimo do mercado, como também a conquistar a justiça social. É o caso das Constituições da Argentina (art. 75, n. 18 e 19), do Brasil (arts. 3, 23 e 170), da Colômbia (art. 334), da Costa Rica (art. 50), da Guatemala (art. 118), de Honduras (arts. 328 e 333), do México (art. 25), da Nicarágua (art. 98) e do Panamá (art. 284). No entanto, além das obrigações de garantia de direitos sociais, essas constituições não contêm previsões muito específicas sobre as modalidades de intervenção direta do Estado na economia para alcançar o objetivo da justiça social. A única exceção se dá com relação à questão agrária, pois algumas dessas constituições contêm disposições especialmente orientadas a democratizar a propriedade da terra rural ou a melhorar as condições dos camponeses, concretizando, desse modo, o dever de intervenção do Estado. As disposições mais débeis nesse sentido estão na Constituição colombiana que estabelece como dever do Estado “promover o acesso progressivo à propriedade da terra aos trabalhadores agrários” (art. 64) e a do Panamá, que dispõe que “o Estado prestará especial atenção ao desenvolvimento integral do setor agropecuário, fomentará o ótimo aproveitamento do solo, zelará por sua distribuição racional e sua adequada utilização e conservação, a fim de mantê-lo em condições produtivas, e garantirá o direito de todo agricultor a uma existência decorosa” (art. 122). Porém, as Constituições de Honduras, México e Nicarágua vão além, ao consagrarem disposições orientadas expressamente a eliminar o latifúndio.⁵⁶ A Constituição do Brasil, por sua vez, contempla a expropriação de imóveis que não cumpram sua função social para fins de reforma agrária (art. 184), mas deixa aberta a possibilidade da existência de latifúndios. Sobre o caso do Brasil também cabe destacar que, a princípio, previa uma intervenção mais forte do Estado na economia, pois estabelecia monopólios estatais em matéria de gás, telecomunicações e petróleo, mas estes se

flexibilizaram com as reformas constitucionais de 1995, as quais admitiram a possibilidade da concessão a empresas privadas (Emendas ns. 5 e 8, de 15 de agosto e Emenda n. 9, de 9 de novembro); igualmente, a Emenda n. 6, de 15 de agosto de 1995, levantou algumas barreiras ao capital estrangeiro, ao definir como empresa nacional a instalada no país, independentemente da origem do capital (FIGUEIREDO, 2008).

E, finalmente, a última tendência está representada pelas Constituições de Bolívia, Equador e Venezuela, que ainda que reconheçam a iniciativa privada e a liberdade de empresa⁵⁷ caracterizam-se por estabelecer uma intervenção mais decisiva do Estado na economia. Quatro são os elementos comuns a este modelo. O primeiro é que reservam certas atividades econômicas ao âmbito do Governo Federal. Desse modo, a Constituição da Venezuela prefigura um modelo de Estado empresário, pois coloca em suas mãos uma das atividades econômicas fundamentais do país, que é a atividade petroleira (arts. 302 e 303) e, além disso, deixa a porta aberta para que, “por razões de conveniência nacional”, reservem-se “outras indústrias, explorações, serviços e bens de interesse público e de caráter estratégico” (art. 302). A Constituição da Bolívia, por sua vez, estabelece que os recursos naturais serão administrados pelo Estado (art. 311, n. 2) e dispõe, além disso, que este “exerce a propriedade de toda a produção de hidrocarbonetos do país e é o único autorizado para sua comercialização” (art. 359, inc. I). Já a Constituição do Equador determina que “o Estado se reserva o direito de administrar, regulamentar, controlar e gerenciar os setores estratégicos”, que em princípio incluem “a energia em todas as suas formas, as telecomunicações, os recursos naturais não renováveis, o refinamento de hidrocarbonetos e o patrimônio genético, o espectro radioelétrico e a água” (art. 313). Igualmente estabelece que o Estado “será responsável pela provisão dos serviços públicos de água potável e de irrigação, saneamento, energia elétrica, telecomunicações, vias públicas, infraestruturas portuárias e aeroportuárias e os demais que a lei determine” (art. 314), ainda que admita, de forma excepcional, que se poderá delegar a participação dos setores estratégicos e a prestação de serviços públicos às empresas mistas ou a particulares (art. 316). Excetua-se desta possibilidade, em todo caso, o serviço de saneamento e abastecimento de água potável, pois indica-se que este apenas será prestado por pessoas jurídicas estatais ou comunitárias (art. 318).

O segundo elemento comum é que as três constituições empregam o fomento de iniciativas econômicas alternativas que, nos termos sugeridos por Boaventura de Sousa, constituem apostas transformadoras em face da economia de mercado capitalista (SANTOS, 2007). Nesse sentido, a Constituição da Venezuela fala da proteção e promoção de associações comunitárias para o trabalho, a poupança e o consumo, sob o regime de propriedade coletiva (art. 308); a da Bolívia define o modelo econômico como plural, enquanto está constituído “pelas formas de organização econômica comunitária, estatal, privada e social cooperativa” (art. 306) e dá especial ênfase na proteção e no fomento da organização econômica comunitária, a qual “compreende os sistemas de produção e reprodução da vida social, fundados nos princípios e visão próprios das nações e povos indígenas autóctones e campesinos” (art. 307); e a do Equador também estabelece que o “sistema econômico se integrará pelas formas de organização econômica pública, privada, mista, popular e solidária” (art. 283), e precisa que estas duas últimas incluem os setores cooperativistas, associativos e comunitários.

O terceiro elemento é a incorporação do tema agrário, com relação ao qual as três constituições coincidem em proscrever o latifúndio, promover a distribuição da terra e favorecer o acesso dos campesinos à propriedade.⁵⁸

Finalmente, o quarto elemento é que tanto a Constituição da Venezuela, como a da Bolívia e a do Equador têm disposições orientadas a proteger o investimento nacional com relação ao estrangeiro. Dessa maneira, a da Venezuela estabelece que “o Estado se reserva o uso da política comercial para defender as atividades econômicas das empresas nacionais públicas e privadas” e que “não se poderá outorgar a pessoas, empresas ou órgãos estrangeiros regimes mais benéficos que os estabelecidos para os nacionais” (art. 301); enquanto a da Bolívia (art. 320) e a do Equador (art. 339) indicam que o investimento nacional se priorizará com relação ao estrangeiro.

Aos elementos anteriores teria de agregar outro, próprio das constituições equatoriana e boliviana – nem tanto da venezuelana –, que trata da centralidade da questão ambiental, o qual sugere novos desafios ao modelo econômico que pretende ser impulsionado a partir desses projetos constitucionais. Desse modo, a Constituição do Equador reconhece, como nenhuma outra da região, os direitos da natureza, aos quais lhes dedica um Capítulo do Título II (sobre os direitos), e cujo primeiro artigo começa dizendo que a “natureza ou

Pachamama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência, manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos” (art. 71). Dedicar também um capítulo ao tema da biodiversidade e dos recursos naturais, que está contido no Capítulo VII do Regime do “bem viver”, no qual se lê que o “Estado garantirá um modelo sustentável de desenvolvimento, ambientalmente equilibrado e respeitoso da diversidade cultural, que conserve a biodiversidade e a capacidade de regeneração natural dos ecossistemas, e assegure a satisfação das necessidades das gerações presentes e futuras” (art. 395, n. 1). A Constituição da Bolívia dedica um título inteiro ao meio ambiente, aos recursos naturais, a terra e ao território (Título II) e estabelece também uma jurisdição agroambiental, que, entre outras coisas, deve resolver as “demandas sobre atos que atentem contra a fauna, a flora, a água e o meio ambiente; e demandas sobre práticas que coloquem em risco o sistema ecológico e a conservação de espécies ou animais” (art. 189, n. 1).

Pois bem, essas diferenças não são menores, pois a regulamentação da relação Estado, sociedade e economia representa uma das decisões constituintes essenciais, e mais ainda em um contexto como o latino-americano, atravessado por profundas desigualdades econômicas. Desse modo, enquanto o reconhecimento dos direitos sociais fixa um horizonte comum ao constitucionalismo regional, as previsões sobre o papel do Estado diante da economia evidenciam a diversidade de rumos que conduzem até ele. Parece, portanto, existir um acordo com relação ao *que*, mas não com relação ao *como*.

4.3 As diferenças em matéria de pluralismo cultural

A outra diferença substancial entre as constituições da região apresenta-se no que diz respeito ao reconhecimento da diversidade étnica, com relação à qual é possível encontrar ao menos três tipos diferentes de constitucionalismo: alguns ordenamentos, como o chileno, o uruguaio e o costa-riquense, tendem a manter-se no pluralismo liberal, pois não reconhecem direitos especiais de grupo às comunidades étnicas; outros, como o colombiano, em especial graças à jurisprudência de sua Corte Constitucional, tendem a projetar-se a uma forma de constitucionalismo multiétnico e multicultural; finalmente, as recentes Constituições equatoriana e boliviana vão mais além, pois estabelecem um Estado plurinacional e intercultural.

Segundo Raquel Yrigoyen (2011), as diferenças em matéria de direitos das comunidades étnicas correspondem a três ciclos constitucionais da região. O primeiro, que abarca o período compreendido entre 1982 e 1988, está identificado por um constitucionalismo multicultural, caracterizado pela incorporação, nas constituições, do conceito de diversidade cultural e linguística, o reconhecimento do direito individual e coletivo à identidade cultural e de certos direitos territoriais. As Constituições de Honduras e da Nicarágua são bons exemplos do primeiro ciclo. O segundo, que vai de 1989 a 2005, e que Yrigoyen denomina “constitucionalismo plurinacional”, aprofunda o modelo anterior, ao elevar o princípio do pluralismo cultural à categoria de princípio fundamental do Estado, ao detalhar e ampliar o catálogo de direitos das comunidades étnicas em consonância com o Convênio 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (reconhecimento do caráter oficial dos idiomas indígenas, educação bilíngue intercultural e direito à consulta prévia) e ao incorporar formas de pluralismo étnico por meio da atribuição de funções jurisprudenciais às comunidades indígenas. As Constituições da Colômbia, do México, do Paraguai, do Peru, da Bolívia, da Argentina e da Venezuela seriam os expoentes deste modelo.

Finalmente, o último ciclo abarca as últimas Constituições de Bolívia e Equador, que representam um projeto descolonizador orientado à “refundação do Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos indígenas ignorados na primeira fundação republicana” (YRIGOYEN, 2011, p. 149). Estas duas constituições marcam o giro do paradigma da diversidade cultural, no qual se reconhecem e admitem as diferenças, mas emolduradas ainda em um projeto de Estado-nação, a um paradigma da plurinacionalidade, no qual “os povos indígenas são reconhecidos não apenas como ‘culturas diversas’, mas como *nações originárias ou nacionalidades* com autodeterminação ou livre determinação” (YRIGOYEN, 2011, p. 149). Como expressão desse giro, estas constituições reconhecem aos povos indígenas o poder de se autogovernar, em conformidade com suas próprias tradições e seu direito próprio, mas, além disso, ambas se baseiam no princípio da interculturalidade, o qual se concretiza, por exemplo, na inclusão de direitos em perspectiva indígena no próprio texto constitucional, como ocorre na Constituição do Equador com a consagração do título dedicado ao regime do “bem viver” ou *sumak kamsay*, e no estabelecimento de instituições plurinacionais, nas quais devem ter apoio tanto os representantes

do sistema ordinário da justiça, como os do sistema indígena, tal como ocorre com o Tribunal Constitucional, a jurisdição agroambiental e a Corte Suprema na Constituição da Bolívia. Segundo alguns analistas, essa orientação mais radical no tema da nacionalidade e do reconhecimento dos povos indígenas faz das Constituições boliviana e equatoriana constitucionalismo distintos e emergentes, diversos das outras transformações recentes da América Latina, visto que superam o marco do constitucionalismo liberal, inclusive em sua versão pluricultural e multiétnica, pois avançam para formas constitucionais distintas, que são plurinacionais, interculturais (GRIJALVA, 2009b) e experimentais (SANTOS, 2010).

Isto mostra diferenças nacionais significativas, pois não apenas há Estados latino-americanos que não adaptaram suas constituições aos novos desenvolvimentos relativos aos povos indígenas, como o Convênio 169 da OIT,⁵⁹ como, inclusive, entre aqueles que avançaram neste campo e podem ser caracterizadas como “constituições indigenistas” (RAMÍREZ, 2009, p. 215), existem divergências importantes, pois é diferente reconhecer certos direitos de cidadania diferenciados no marco de um Estado multiétnico, mas que continua sendo unitariamente nacional, a tentar estabelecer um Estado plurinacional, que reconhece a autodeterminação dos povos indígenas e se sustenta no princípio da interculturalidade (RAMÍREZ, 2009; GRIJALVA, 2009b). Por isso, como adverte Boaventura Santos, o caso das Constituições do Equador e da Bolívia “nos confronta a questões como a da refundação do Estado e da democracia” (2007, p. 28). E não é para menos: se o reconhecimento efetivo do pluralismo cultural já propõe desafios a Estados historicamente fundados na negação e desvalorização dos povos indígenas e comunidades étnicas, o paradigma da plurinacionalidade implica um desafio ainda maior: não se trata simplesmente de mudar a atitude do Estado diante dessas comunidades, mas de mudar sua própria fisionomia.

4.4 As dimensões fundacionais e anticoloniais nas

Constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia

As Constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia são fiéis expoentes das características comuns ao último constitucionalismo latino-americano que analisamos neste trabalho. De fato, ao lado de textos constitucionais que compartilham tais características em distintas escalas, essa tríade de países andinos constitui um exemplo, por excelência, das tendências que definem a relação de parentesco próximo entre grande parte das constituições da

América Latina. Desse modo, por exemplo, tal como indicamos anteriormente, essas constituições, ao lado da colombiana, exemplificam a versão mais forte do modelo neoconstitucional na região, pois são Cartas Magnas muito densas em direitos e que contam também com fortes e acessíveis sistemas de justiça constitucional. Entretanto, também existem diferenças significativas que marcam a particularidade desta tríade. Essas diversidades tornam as constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia parentes distantes de suas homônimas na região? Ou, ainda, estas instituições inauguram um tipo diferente de constitucionalismo? Ou, por fim, a caracterização do constitucionalismo regional como um transformador, mais igualitário, participativo e da diversidade, apenas poderia identificar genuinamente as apostas destes três países, enquanto as outras seriam apostas meramente (re)legitimadoras, ou, na melhor das hipóteses, condenadas a assumir esse papel?

Nas constituições da região que compartilham as características comuns que aqui formulamos confluem três tradições constitucionais: a liberal, que propunha um Estado limitado como principal garantia das liberdades individuais e cujos dispositivos fundamentais são a separação e independência dos poderes e o controle constitucional; a democrática, que aponta ao estabelecimento de um procedimento igualitário na formação do poder, com base no predomínio do princípio da maioria; e a social, que advoga pela garantia de um nível básico de igualdade social por meio da ação estatal.

A particularidade dos casos de Venezuela, Equador e Bolívia é que eles fazem apostas mais profundas e concretas com relação à tradição do constitucionalismo democrático e social. A própria dinâmica dos processos constituintes levou os três casos a fortalecerem o peso da soberania popular como fundamento do poder político, o qual, como ilustra a prática constitucional venezuelana, a que nos referiremos na última parte do texto, se traduziu com mais ênfase no desenvolvimento dos mecanismos de participação cidadã como via preferencial de transformação, bem como na inovação da vontade popular como fundamento medular da estrutura política, ocasionalmente, inclusive, em detrimento da dimensão liberal das constituições. No caso das Constituições de Equador e Bolívia, o desafio mais radical, em termos de pluralismo cultural, conduz também a um maior aprofundamento na aposta democrática, na medida em que se reconhecem as formas de democracia comunitária próprias dos povos aborígenes, e se advoga pela reconfiguração

das próprias instituições estatais, de tal modo que sejam representativas da diversidade cultural da sociedade.

Com relação à faceta social, as constituições destes três, além de reconhecerem os direitos sociais, concretizam um programa político para garanti-los que se sustenta na maior intervenção do Estado na economia – não apenas por meio da regulamentação do mercado, mas também por sua participação direta em determinadas atividades econômicas estratégicas – e na aposta pelo fortalecimento de dinâmicas econômicas alternativas à lógica de mercado, e, no caso do Equador e da Bolívia, na maior relevância da questão ambiental. Nesse sentido, todas as três seguem em direção contrária à agenda neoliberal de desregulamentação e privatização, e, inclusive, autores como Boaventura de Sousa veem estas agendas ultrapassando o capitalismo (SANTOS, 2010).⁶⁰ Em sentido similar, Albert Noguera vê nessas três constituições um modelo de constitucionalismo crítico que se caracteriza “pela desconstrução da filosofia, do aparelho estatal e das representações simbólicas do modelo capitalista neoliberal” (NOGUERA, 2012).

Porém, com as constituições boliviana e equatoriana assistimos a inauguração de uma nova dimensão constitucional que se soma à liberal, democrática e social proveniente do mundo anglo-saxão e europeu, que é a dimensão anticolonial. Estas duas Cartas Magnas afrontam de maneira direta o fenômeno colonial e apontam na direção de um processo descolonizador a partir dos paradigmas da plurinacionalidade e da interculturalidade. Esta dimensão representa uma grande novidade não apenas dentro do âmbito regional, mas também global.⁶¹ Particularmente, é claro que para enfrentar essas heranças coloniais, o pensamento e a prática constitucionais europeus foram de pouca utilidade, pela simples razão de que a Europa foi colonialista. Dessa maneira, com relação ao desenvolvimento constitucional do século XIX, o historiador John Lynch enfatizou a originalidade desse desafio para a América Latina. Depois de assinalar a importante influência que teve o pensamento liberal no processo independentista, Lynch destaca que as visões crioulas latino-americanas foram, no entanto, originais e não se assemelhavam a nenhum dos movimentos revolucionários europeus, pois estes não refletiram a respeito do fato colonial: “o objetivo imediato da Independência era a liberação do domínio imperial; era esta uma liberdade de dimensões desconhecidas para o pensamento europeu” (LYNCH, 1987, p. 68). Ocorre que, no fundo, o liberalismo

européu, muito vinculado aos interesses burgueses da metrópole, tendeu a ser colonialista. O exemplo mais evidente é, segundo este historiador, o “das Cortes de Cádiz e a Constituição espanhola de 1812, em que, sob a influência da comunidade financeira de Cádiz e do Iluminismo, se recusou firmemente a toda ideia de independência para a América Hispânica. Este era o verdadeiro limite do pensamento iluminista.” (LYNCH, 1987, p. 68). Pois bem, o constitucionalismo latino-americano do século XIX enfrentou, com maior ou menor sucesso, um dos aspectos do desafio derivado do fato colonial, que foi a construção de Estados independentes viáveis, uma vez dissolvidos os laços com a metrópole; foi uma tarefa dolorosa, que em muitos países ocasionou guerras civis sangrentas e que teve resultados distintos. Por exemplo, o Chile conquistou uma unificação nacional e um controle de seu território muito mais rápido que o restante da América Latina. Porém, os Estados latino-americanos postergaram ou se negaram a enfrentar com firmeza outra herança colonial, que foi a profunda discriminação dos povos indígenas e das comunidades afrodescendentes. A escravidão foi eliminada e a igualdade formal ante a lei foi reconhecida, mas esses grupos continuaram sendo oprimidos, menosprezados e excluídos da vida social e política. A herança colonial da discriminação persistiu. Ávila tem razão, portanto, ao expor que essa persistência da herança colonial e a precariedade da reflexão constitucional europeia sobre o colonialismo obrigaram o constitucionalismo latino-americano a assumir uma perspectiva de descolonização, se quisermos construir um constitucionalismo realmente democrático e transformador (ÁVILA, 2011). E isso apenas parece ter sido assumido mais explicitamente nos processos boliviano e equatoriano.

Podemos dizer, portanto, que as constituições do Equador, da Bolívia e da Venezuela aprofundam sua vocação transformadora e incluem orientações políticas mais concretas e inovadoras para promovê-la. Sendo assim, enquanto as Leis Máximas da região valorizam seu potencial transformador na eficácia normativa da constituição, por um lado, e no fortalecimento da democracia representativa e na inclusão de mecanismos de democracia direta, por outro, as desta tríade de países andinos agregam a essas duas vias uma terceira, que é a promoção de uma agenda econômica antiliberal, na qual seguem em conjunto opções concretas para a superação de desigualdades históricas, como a eliminação dos latifúndios, a promoção de práticas econômicas comunitárias, que por sua natureza aparecem ligadas aos setores desfavorecidos, e, no caso das duas primeiras,

um reconhecimento mais forte dos direitos das comunidades étnicas. Isto explica porque alguns autores identificam nesses três casos um constitucionalismo com verdadeira capacidade de transformação, ao passo que são bastante céticos diante do potencial transformador das outras constituições.⁶²

Entretanto, é importante não perder de vista os pontos em comum que estas constituições têm com as demais constituições da região. A esse respeito, duas especificações são necessárias. A primeira é que as Constituições da Venezuela, Bolívia e do Equador, ainda que sejam versões fortes do Estado Social, pois definem com clareza uma agenda antineoliberal e também enfrentam diretamente problemas específicos da economia global atual, como sua decidida transnacionalização e o modelo capitalista neoliberal – aos quais se agregaria a preocupação pela questão ambiental no caso das Cartas Magnas do Equador e da Bolívia, não negam completamente o capitalismo, pois, em todo caso, reconhecem a iniciativa privada e a liberdade econômica.⁶³ Negam, todavia, certo tipo de capitalismo: o que não conhece mais limites que aqueles orientados a garantir um ótimo e eficiente funcionamento do mercado. E negam também aquele exercício da liberdade econômica que não contribua para o bem-estar social.⁶⁴

A segunda especificação é que em termos de organização do poder estatal, a dimensão demoliberal, que se caracteriza pela separação de poderes, as eleições livres, o reconhecimento de direitos individuais como limites do Estado e o controle constitucional, também estão presentes nas três constituições em questão. No entanto, o que está claro é que a maior ênfase destas constituições nas dimensões democrática e social pode favorecer um balanço distinto diante das tensões imanentes e à síntese de tradições constitucionais que é patente nos textos constitucionais latino-americanos. No caso de Equador, Venezuela e Bolívia, este balanço pode comportar uma debilitação dos aspectos tipicamente liberais dessas constituições, como, de fato, o evidencia, por exemplo, a aprovação da reeleição presidencial indefinida na Venezuela, aspecto ao qual nos referiremos com mais detalhes na última seção deste texto.

5 UMA AVALIAÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Nos parágrafos precedentes apresentamos as principais tendências das mudanças constitucionais recentes na América Latina. Propomos, igualmente, uma

interpretação dessas transformações, com o fim de determinar se o constitucionalismo latino-americano contemporâneo tem certos aspectos que o distinguem dos regimes constitucionais de outras partes do mundo e do nosso próprio passado regional. A nossa resposta foi afirmativa. Concluimos que estamos diante de um constitucionalismo liberal ou neoconstitucionalismo que busca se articular a uma democracia forte e diversa, com o fim de promover transformações sociais a favor dos direitos, do pluralismo, da diversidade e da igualdade; e, nesse sentido, é um constitucionalismo que é aspiracional e olha para o futuro; porém, preserva, também, certos aspectos problemáticos do passado e, em especial, uma tendência ao presidencialismo. As Constituições venezuelana, boliviana e equatoriana, por sua vez, tanto por seu processo constituinte como por algumas de suas orientações, radicalizam algumas dessas tendências e desenvolvem características distintas: são abertamente antineoliberais e, em certa medida, anticoloniais, e optam por um Estado composto por nacionalidades diversas; e, na prática, acabaram apresentando um presidencialismo ainda mais acentuado.

Algumas perguntas surgem, naturalmente, do precedente exame empírico: Como podemos avaliar estes desenvolvimentos constitucionais? Podemos dizer que contribuem positivamente para o aprofundamento da democracia latino-americana e para a superação das situações de desigualdade, autoritarismo e exclusão, típicas da região? Ou são, ao contrário, tentativas irrelevantes ou falidas? Ou, inclusive, são vias contraproducentes que poderiam reforçar elementos antidemocráticos da realidade latino-americana? A nossa resposta a essas questões, que desenvolveremos nesta parte, é mista: acreditamos que estamos diante de um constitucionalismo que é relevante, pois realmente tenta responder adequadamente aos grandes desafios democráticos e de justiça social da América Latina. Consideramos, igualmente, que alguns dos seus desenvolvimentos normativos e institucionais são realmente originais e prometedores. No entanto, ele está também atravessado por tensões muito complexas, que poderiam impedir a realização de suas promessas democratizadoras.

5.1 Um constitucionalismo relevante e original

Os países latino-americanos compartilham, em maior ou menor medida, uma história e um legado coloniais e, por isso, estão atravessados por certos problemas semelhantes, apesar das diferenças nacionais evidentes. Há, ao menos,

nove problemas que qualquer constitucionalismo que pretenda ser relevante para aprofundar a democracia na América Latina deveria enfrentar. Primeiro, a América Latina foi, do ponto de vista socioeconômico, não apenas a região mais desigual do mundo, como também teve pouquíssima mobilidade, pelo que a dita iniquidade tende a ser transmitida de modo intergeracional em um modelo de “armadilha da desigualdade”. Por exemplo, a divergência de rendimento na região, medida pelo coeficiente de Gini é “65% mais alta que nos países de rendimentos altos, 36% superior ao observado nos países da Ásia oriental e 18% mais alta que na África Subsaariana” (PNUD, 2010, p. 37). Segundo, essa desigualdade econômica seguiu por conta da persistência de uma cultura patriarcal, que gerou profundas iniquidades de gênero na região em todos os campos. Terceiro, a maior parte dos Estados da América Latina praticou atos de subjugação cultural contra as culturas dominadas e exploradas desde os tempos coloniais, a saber, os povos indígenas e as comunidades afrodescendentes. Os nossos Estados, até muito recentemente, fundaram a ideia de nacionalidade em uma estratégia de homogeneização cultural, e muitas vezes religiosa, com a qual se negaram a reconhecer a diversidade cultural e étnica da região e perpetuaram mecanismos de segregação racial, que ainda persistem. Quarto, a América Latina, em grande medida, devido à persistência das desigualdades anteriormente aludidas, continua apresentando níveis intoleráveis de pobreza e miséria, apesar de ser uma região que vivenciou períodos de intenso crescimento econômico. Quinto, os nossos países caracterizaram-se pela debilidade e instabilidade institucionais, o que nos conduziu a frequentes rupturas da ordem constitucional e a recorrentes ditaduras militares, ou à instauração de regimes autoritários. Isto foi associado, conduzindo ao sexto problema, a um forte predomínio do Executivo na organização do poder, o que levou alguns autores a falarem em “hiperpresidencialismo latino-americano” (NINO, 1992), muitas vezes relacionado, em quase todos os países, a uma longa tradição de caudilhismos. A tendência militarista e presidencialista está, em sétimo lugar, associada a uma debilidade geral dos mecanismos de representação política. Oitavo, a maior parte dos países da América Latina viveu desde meados dos anos 1960 situações de violação massiva dos direitos humanos, seja pela existência de ditaduras militares que implantaram um terrorismo do Estado em nome da segurança nacional, como na Argentina e no Chile, seja pela persistência e agravamento de conflitos armados em democracias

precárias, como na Colômbia e no Peru, ou, ainda, pela combinação de regimes militares e conflito armado, como ocorreu em El Salvador e na Guatemala. E, não, mesmo que não seja de modo generalizado, muitos países da América Latina conhecem problemas agudos de criminalidade e violência; por exemplo, a taxa de homicídio na América Latina é, a título de comparação, a mais alta regionalmente, e, atualmente, alguns países, como Guatemala, El Salvador, Colômbia, Venezuela e Honduras, têm níveis de violência homicida entre os mais graves do mundo.

Esses desafios não são nada diminutos, pois implicam a adoção de regimes constitucionais capazes de desenvolver tarefas distintas e muitas vezes em tensão. Com efeito, nossas sociedades necessitam incorporar mecanismos eficazes de garantia dos direitos humanos e instaurar projetos constitucionais que permitam a estabilidade institucional, porém, ao mesmo tempo, os países da América Latina parecem requerer Estados fortes, capazes de remover as persistentes e grandes desigualdades e, com isto, correm o risco de acentuar tendências autoritárias e caudilhistas, pois pode-se pensar que apenas com líderes fortes e carismáticos seja possível promover mudanças sociais profundas, as quais devem enfrentar sérias resistências de elites econômicas.

Um constitucionalismo democrático transformador na América Latina é, portanto, difícil e complexo, pois deve ser muito criativo para poder abordar tais desafios. Pois bem, o balanço realizado nos pontos anteriores mostra que as constituições adotadas na maior parte da região durante as últimas três décadas aspiram, com distintos níveis de intensidade, superar esses problemas e nesse sentido, as apostas da última “onda de mudanças” constitucionais tornam-se pertinentes e relevantes (UPRIMNY, 2011). Por exemplo, optaram por reforçar a proteção dos direitos, promover a igualdade e a participação, ao mesmo tempo que reconhecem e promovem a diversidade.

Além disso, as reformas constitucionais recentes na região, ainda que obviamente tenham aproveitado as experiências de outras partes do mundo, não se limitaram a copiar instituições e normas forâneas, mas houve esforços de inovação institucional bastante significativos. As constituições latino-americanas, em certos aspectos, simplesmente adotaram e adaptaram mecanismos institucionais que já haviam sido desenvolvidos com sucesso pelo constitucionalismo europeu ou norte-americano e é razoável que o fizessem, pois uma sociedade deve aproveitar os ensinamentos das experiências de outras civilizações. Por

exemplo, para fortalecer a independência judicial, a maior parte das reformas incorporou modelos de conselhos da magistratura inspirados na prática constitucional italiana, francesa ou espanhola. Igualmente, o constitucionalismo latino-americano recente desenvolveu inovações. Por exemplo, a forte abertura ao direito internacional dos direitos humanos ou a previsão de justiças constitucionais muito abertas, inclusive com ações públicas de inconstitucionalidade, são elementos distintivos do constitucionalismo latino-americano, que fortaleceram a proteção constitucional dos direitos. De modo semelhante, em âmbito institucional, o recente constitucionalismo da América Latina inovou para conquistar melhor articulação da diversidade étnica e cultural, por exemplo, com a criação de tribunais constitucionais plurinacionais, como no Equador e na Bolívia, o reconhecimento de amplas possibilidades para os povos indígenas de administrar a justiça em seus territórios, como na Colômbia, Bolívia ou no Equador, ou a constitucionalização da consulta prévia, que levou a desenvolvimentos, impensáveis há alguns anos, como a possibilidade de que certos tribunais constitucionais, como a Corte Constitucional colombiana, anulassem leis, visto que impactavam os povos indígenas, que não foram previamente consultadas, ou parecem represas ou explorações mineiras por falta de consulta prévia, ou, inclusive, de consentimento prévio, nos eventos em que o projeto extrativo tenha um impacto profundo e grave sobre o povo aborígene.⁶⁵

Por essas razões, e sem negar que, como argumenta Gargarella, às vezes as reformas constitucionais recentes foram orientadas por objetivos políticos de curto prazo, como permitir uma reeleição presidencial, ou que certas reformas foram adaptações nem sempre exitosas de criações institucionais de outras regiões (GARGARELLA, 2011), a nossa avaliação do constitucionalismo latino-americano recente é globalmente mais positiva. Acreditamos que ao menos algumas dessas reformas são relevantes, pois buscam enfrentar os principais déficits democráticos de nossos países, e defendemos, também, que são, em certos aspectos, originais, pois buscam por inovações institucionais normativas ou institucionais que não são em nada depreciáveis e que poderiam ser orientadas em boa direção.

Esta análise dos textos constitucionais não é, entretanto, por si só suficiente para materializar mudanças as quais aponta, pois existem tensões e limitações nas próprias constituições que condicionam as possibilidades de realização das promessas. Além do mais, a efetividade das Cartas Magnas depende

apenas em parte das disposições e dos projetos institucionais que elas mesmas contêm para serem mais que uma folha de papel, como pode ser a criação de um sistema de justiça constitucional apropriado. Com efeito, em certos aspectos, a realização de um projeto constitucional depende de fatores extraconstitucionais, em particular da existência de forças sociais e políticas que assumam como própria a materialização das promessas constitucionais (GARCÍA, 2012). Igualmente, como já sugerimos, o recente constitucionalismo latino-americano está atravessado por tensões importantes, que são necessárias reconhecer e analisar. Em particular, existem ao menos cinco tipos de tensões que subjazem ao constitucionalismo latino-americano, que projetam dificuldades e desafios tanto em termos de coerência das reformas como de sua eficácia. A primeira é a possível incoerência ideológica, que existe no interior do próprio programa aspiracional do constitucionalismo, fundamentalmente entre os princípios de justiça distributiva e justiça de reconhecimento, que costuma se expressar também na tensão entre a democracia representativa e participativa, de um lado, e a democracia comunal dos grupos étnicos, de outro. A segunda tensão é a possível incoerência instrumental ou nos instrumentos ou mecanismos de transformação social previstos pelas reformas: a aposta simultânea por uma democracia forte e por um constitucionalismo forte pode não ser consistente, pois a primeira tende a privilegiar a participação cidadã e o princípio da maioria, enquanto o segundo tende a reformar o poder judicial e, em especial, os tribunais constitucionais, como instituições “contramajoritárias” que garantam direitos. A terceira tensão tem relação com o risco de ineficácia devido a um determinado divórcio entre as promessas constitucionais e os projetos institucionais, que poderia levar ao não cumprimento das promessas pela igualdade, diversidade, garantia dos direitos e a democracia. Diretamente ligado ao anteriormente tratado, em quarto lugar, encontramos os riscos autoritários. Esta separação relativa entre os princípios ideológicos das reformas e seus projetos institucionais pode ter, às vezes, efeitos mais graves que a ineficácia das promessas constitucionais, pois poderia ter consequências antidemocráticas. Por exemplo, o esforço para promover a democracia direta enquanto se preserva um presidencialismo forte talvez alimentasse formas de democracias plebiscitárias e delegativas (O’Donnell), por meio de um modelo de legitimação constitucional do caudilhismo. Finalmente, a quinta tensão tem relação com os riscos de inércia constitucional; é a tensão que se desenvolve entre o

velho e o novo, que analisamos a partir do tema do pluralismo e do sistema de fontes jurídicas.

5.2 O risco de incoerência ideológica: as tensões internas entre princípios de justiça e formas de democracia

Conforme se mencionou, várias constituições recentes incorporam distintas formas de democracia, como a representativa, a direta e a própria das comunidades indígenas, que é comunal e autônoma. As constituições que reconhecem direitos especiais às comunidades indígenas, por sua vez, conforme a conhecida distinção de Nancy Fraser (2000), consagram princípios diferentes de justiça, pois buscam tanto a igualdade social e mais justiça distributiva, em especial, ao consagrar os direitos sociais, como também estão inspiradas por uma justiça de reconhecimento com relação aos povos indígenas. Essas diversificadas formas de democracia e esses diversos princípios de justiça podem eventualmente entrar em forte tensão, como mostraram, por exemplo, os conflitos no Equador entre o Presidente Correa e os povos indígenas⁶⁶ com relação à exploração de recursos minerais em territórios indígenas. Desse modo, Correa, com sua legitimidade eleitoral e com argumentos de justiça social, defendeu a necessidade de realizar essas explorações mineiras, inclusive contra a vontade dessas comunidades, pois considerava que esses recursos são de todo o povo equatoriano e são indispensáveis para o desenvolvimento econômico e para a redução da pobreza dos cidadãos. Não obstante, os povos indígenas, agrupados na CONAIE, consideram que o governo não pode invadir seus territórios.

Em outros países como a Colômbia e o Peru, que não têm governos de esquerda, também foram vivenciadas tensões semelhantes devido ao reconhecimento do princípio de consulta prévia, que foi desenvolvido pelo Convênio 169 da OIT, cuja força constitucional foi reconhecida por determinados tribunais, como a Corte Constitucional colombiana. Este princípio exige que as autoridades consultem previamente os povos indígenas e os grupos afrodescendentes não apenas nas medidas administrativas ou nos projetos que pretendem realizar, mas também, em certos casos, nas medidas legislativas que possam afetá-los.

Essas tensões obrigam a um modelo de reinvenção teórica e prática da democracia constitucional, ao menos como a entendemos até agora. Dessa

maneira, na clássica democracia representativa do constitucionalismo liberal, a princípio, o Congresso representa toda a Nação e por isso suas decisões entendem-se vinculantes, pois se fazem em nome de todos os cidadãos. O Congresso não teria, portanto, motivo para consultar nenhuma das leis que pretenda aprovar. A inclusão da consulta prévia a povos indígenas e, em casos excepcionais, inclusive o consentimento prévio como elementos do processo legislativo, implica, por esta razão, a modificação de princípios básicos da democracia representativa, que projeta desafios teóricos difíceis de responder. Por exemplo, como se pode harmonizar o processo decisório majoritário com o consentimento prévio necessário exigido em certos casos das comunidades étnicas, que parece outorgar uma espécie de veto a estes grupos, que são muitas vezes minoritários? E também implica desafios práticos complexos. Por exemplo, nem sempre é fácil definir quem deve ser consultado e de que forma, tampouco é fácil harmonizar os prazos dos processos legislativos – que são políticos e implicam que haja oportunidades que não se podem perder, pois são únicas para adotar certas leis – com os prazos dos povos indígenas, que se regulamentam por outras cosmovisões.

Pois bem, na prática já existem experiências que mostram que a articulação entre democracia representativa e democracia comunal é possível e fecunda. Um exemplo foi a consulta, eficaz e genuína, do governo Santos na Colômbia, em 2011, com os povos indígenas para adotar as medidas com força de lei para reparar e restituir territórios às comunidades afetadas pelo conflito armado, que permitiu adotar combinadamente entre os representantes dos povos indígenas e o governo essas normas (RODRÍGUEZ-GARAVITO; ORDUZ, 2012). Essas experiências nos dão lições sobre como enfrentar em âmbito teórico e prático esses dilemas.

5.3 O risco de incoerência instrumental: a tensão entre constitucionalismo forte e democracia forte

Outro ponto no qual podem surgir tensões importantes é no esforço das recentes reformas na América Latina para articular simultaneamente uma forma de neoconstitucionalismo com um estímulo à participação democrática, pois parecem exercícios em direção contrária. Desse modo, o neoconstitucionalismo caracteriza-se por uma proteção judicial reforçada por uma carta de direitos constitucional muito densa de direitos, pela qual tende a judicialização, já que os juízes, em especial os constitucionais, começam a decidir

assuntos que anteriormente eram debatidos em espaços democráticos. Parece, portanto, difícil, ainda que não impossível, conquistar ao mesmo tempo um constitucionalismo forte com uma deliberação e participação democrática também fortes.

Uma breve tipologia das democracias constitucionais, inspirada em parte nos modelos teóricos sistematizados por Gargarella (2005), ajuda a compreender a dificuldade neste campo. Dessa maneira, seguindo o autor, duas variáveis decisivas para caracterizar distintos pensamentos constitucionais são i) em que grau reconhecem e protegem os direitos fundamentais e ii) quanto de espaço outorgam à participação democrática para a tomada de decisões coletivas. Cruzando as duas variáveis, é possível, portanto, obter quatro visões sobre a democracia constitucional, que sintetizaremos no seguinte quadro:

3 FORMAS DE DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

	PARTICIPAÇÃO E DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICAS DÉBEIS	PARTICIPAÇÃO E DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICAS FORTES
RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO DÉBIL DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS	I: CONSTITUCIONALISMO CONSERVADOR	III: CONSTITUCIONALISMO REPUBLICANO E RADICAL
RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO FORTE DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS	II: CONSTITUCIONALISMO LIBERAL	IV: NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO (?)

Desse modo, no item I, encontramos o pensamento constitucional conservador, que, por visões perfeccionistas da política e um temor ante a participação cidadã, caracteriza-se por um reconhecimento débil tanto dos direitos constitucionais como da participação cidadã. No item II, podemos situar o constitucionalismo liberal, que reconhece vigorosamente os direitos constitucionais, por seu compromisso com a autonomia pessoal, mas compartilha com os conservadores o temor de uma participação cidadã forte. O item III reflete as posições republicanas e radicais, próximas, por exemplo, do pensamento de Rousseau, caracterizadas por uma inovação forte da soberania popular, que não deveria ser inibida pelos direitos constitucionais. Por isso, projetam uma participação e deliberação democráticas vigorosas, porém à custa da debilidade do reconhecimento e proteção dos direitos constitucionais. E o item IV corresponde a um mode-

lo que aspira conquistar uma proteção judicial forte dos direitos, acompanhada simultaneamente por uma participação e deliberação democráticas fortes.

Nas constituições latino-americanas não há nenhum exemplo representativo de um constitucionalismo republicano e radical, mas é possível, sim, encontrar exemplos dos outros modelos. Desse modo, a Constituição do Haiti é expoente, em certa medida, de um constitucionalismo conservador – pelo menos para os parâmetros contemporâneos – visto que, apesar de reconhecer direitos civis e sociais, não estabelece nenhum tipo de mecanismo judicial para sua proteção, muito menos contém mecanismos de participação diferentes do voto. As Constituições de El Salvador, Chile e México, por sua vez, obedecem mais a um constitucionalismo liberal, pois consagram um amplo catálogo de direitos com mecanismos judiciais para sua proteção, mas não dispõem de mecanismos que incentivem a participação e deliberação democráticas além do cenário eleitoral. Porém, o tipo de constitucionalismo que melhor caracteriza a corrente latino-americana é aquele que combina uma proteção forte de direitos com um modelo que favorece a participação cidadã. Com efeito, as Constituições da Bolívia, da Colômbia, do Brasil, do Equador, da República Dominicana, da Venezuela, da Costa Rica, da Guatemala e de Honduras estabelecem mecanismos para a proteção dos direitos, entre os quais se destaca o recurso de amparo; consagram a ação pública de inconstitucionalidade e dispõem, além disso, de distintos instrumentos de participação cidadã como a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo.

Pois bem, a combinação desses dois fatores é teoricamente possível, mas não é fácil, visto que um modelo forte de proteção de direitos impõe limites ao debate democrático, enquanto subtrai certos assuntos – precisamente os relacionados com os direitos fundamentais – à lógica das majorias. Entretanto, do ponto de vista teórico, existem perspectivas que buscam tornar compatível uma justiça constitucional forte com a validação da democracia (NINO, 1997; ELY, 1982; UPRIMNY, 2001). A ideia, teoricamente sólida e da qual compartilhamos, é a seguinte: os direitos constitucionais são, em certa medida, pressupostos da democracia, já que seu respeito é condição necessária para que a democracia perdure e opere de forma apropriada e imparcial. Por isso, os juízes constitucionais, ao protegerem os direitos fundamentais, o que fazem é preservar as bases da democracia, evitando dois riscos graves do princípio da maioria.

O primeiro risco é que o princípio da maioria anule a si próprio, pois um governante ocasional pode aproveitar suas maiorias para modificar, a seu favor, as regras eleitorais ou para introduzir leis que silenciem seus oponentes. Ao preservar a intangibilidade dessas regras ante a tais tentativas não tão incomuns dos governantes em vigor para seguirem no poder, os juízes constitucionais, longe de afetar a democracia, o que fazem é protegê-la já que mantêm abertos todos os canais de participação, perante a tentação dos governantes de fechá-los.

O segundo risco é que as maiorias governem a favor de si mesmas e discriminem sistematicamente certas minorias, que não conseguem ser representadas adequadamente no espaço político, precisamente por serem em menor número. Ao amparar essas minorias contra a discriminação, os juízes constitucionais protegem a justiça e a imparcialidade do processo democrático. A democracia não significa que as maiorias possam gozar exclusivamente dos benefícios das políticas que decretam, enquanto descarregam seus custos àquelas minorias que não podem acessar o poder, visto que a ideia do consenso, que é a que justifica o princípio da maioria (como substituto perfeito do consenso), implica ser justa aquela decisão que considera, de maneira imparcial, os interesses de todos os eventuais afetados por essa determinação. A democracia não é, portanto, uma tirania da maioria, mas sim um regime baseado no princípio da maioria, que, porém, deve procurar satisfazer igualmente os interesses de todos. As maiorias têm, dessa maneira, o direito de optar por determinadas políticas, sempre e quando essas estratégias levem em consideração, de maneira imparcial, os interesses de todos os governados.

A esses argumentos gerais, somam-se algumas proposições mais específicas que têm particular relevância em contextos de democracia ainda precários como os que caracterizam a região latino-americana. Nesses casos, a atividade das cortes pode ter um efeito de desbloqueio institucional para maior abertura da deliberação democrática, tanto nos cenários de representação política, como de projeto e implementação de políticas públicas (RODRÍGUEZ; RODRÍGUEZ, 2010).

Essas considerações teóricas mostram que é possível justificar, a partir da democracia, um constitucionalismo forte. Ao passo que, elas orientam acerca da maneira como deveria operar uma justiça constitucional compatível com a democracia forte a qual aponta boa parte das constituições latino-americanas.

É indubitável que a proteção constitucional dos direitos tem certo componente contramajoritário, pois se trata, em muitos casos, de amparar minorias contra os excessos das maiorias. No entanto, é errôneo extrair desse fato indubitável que o juiz constitucional deva ser indiferente à deliberação democrática, toda vez que as democracias constitucionais se fundem, tanto nos direitos como na soberania popular. Por isso, como bem destaca Nino, os juízes, ao exercerem o controle constitucional, não devem descartar políticas que surjam do debate democrático simplesmente porque consideram que existem outras melhores, mas, não obstante, “podem, e devem, adotar medidas que promovam o processo de deliberação pública ou a consideração mais cuidadosa por parte dos corpos políticos” (NINO, 1997, p. 292). Os juízes devem, portanto, preferir as decisões que tornem mais vigoroso o debate democrático e, em troca, precisam recusar aquelas determinações que induzem, sem razões convincentes, a resolução de um problema à decisão popular, pois uma das funções decisivas do controle constitucional é “contribuir com a melhora da qualidade do processo de discussão democrática e tomada de decisões estimulando o debate público e promovendo decisões mais reflexivas” (NINO, 1997, p. 293). De acordo com isso, uma via a explorar é o desenvolvimento de uma teoria da justiça constitucional para América Latina, que implique um exercício da proteção judicial dos direitos que tenda a promover, e não a debilitar a participação e a discussão democráticas. Ao explicar o caso da Colômbia, no final deste texto, ilustraremos alguns dos caminhos tomados pela Corte Constitucional colombiana nesta direção.

5.4 Os riscos da ineficácia: a desconexão entre as promessas e os projetos institucionais

A vocação normativa e o conteúdo aspiracional das constituições latino-americanas não significaram que suas promessas tenham sido realizadas. Ao contrário, apesar da dita vocação, a distância entre o proclamado pelos textos constitucionais e a realidade social e política de nossos países é grande. Nesse sentido, a América Latina continua mantendo essa tradição de aderir teoricamente às formas constitucionais, porém tem muitas dificuldades para realizá-las.

Um exemplo muito significativo dessas distâncias tem relação com os problemas de superação da pobreza e desigualdade. Com efeito, a maior parte dos

novos textos constitucionais projetam explicitamente a promoção da igualdade e asseguram as condições de vida digna para seus cidadãos, por meio da garantia dos direitos sociais, contudo, os resultados vem sendo, em geral, com algumas contadas exceções, muito aquém neste campo.

Um dos fatores que pode contribuir para explicar o descumprimento das promessas constitucionais é a existência de “constituições a duas velocidades”, segundo a sugestiva ideia proposta por Roberto Gargarella neste livro. De acordo com essa tese, as forças progressistas presentes nos distintos processos de reforma constitucional teriam se concentrado em cristalizar suas aspirações de mudança na parte dogmática, porém, haveriam descuidado do que ele denominara “a sala de máquinas” das constituições, que é precisamente o lugar onde se definem os procedimentos, órgãos e funções do poder político. Essa proposição sugere, pois, a existência de uma tensão entre as grandiloquentes aspirações constitucionais e os projetos institucionais ou, em outras palavras, entre a parte dogmática e a parte orgânica da constituição.

A tese é sugestiva e útil para oferecer explicações plausíveis sobre a ineficácia das reformas em alguns pontos. Se pensarmos, por exemplo, no forte compromisso com a igualdade e a superação das discriminações expressados, em boa parte das constituições latino-americanas, irradiam, por sua ausência, os dispositivos institucionais concretos orientados a conquistar um acesso mais igualitário à função pública e uma composição mais plural nos órgãos do Poder. Isto não quer dizer que não existem esforços nesse sentido, como o são, por exemplo, o tribunal constitucional plurinacional na Bolívia, ou a atribuição de cadeiras no Senado para as comunidades indígenas na Colômbia, ou ainda a proteção do gasto social em algumas constituições, como a colombiana. No entanto, apesar de o compromisso com a igualdade ter sido ampliado, esses tipos de projetos institucionais são excepcionais.

Pelo contrário, em certos casos, os reformadores acertaram em harmonizar os propósitos de mudança previstos na parte dogmática com a inauguração de dispositivos instrumentais apropriados na parte orgânica, ou na “sala de máquinas”, para seguir com a expressão de Gargarella. Um exemplo significativo foi a previsão da chamada ação de tutela na Constituição de 1991 na Colômbia, que é um modelo de amparo que permite a qualquer pessoa solicitar a algum juiz a proteção dos direitos fundamentais. O engenho no caso colombiano é que a tutela é de acesso muito fácil (pois pode ser apresentada

por qualquer pessoa), é muita rápida (pois deve ser decidida em 10 dias), é informal (pois está desprovida dos rituais processuais desnecessários que têm instrumentos semelhantes como o amparo mexicano) e tem um órgão centralizador que pode orientar a jurisprudência (pois, por uma espécie de *certiorari*, qualquer tutela pode ser revisada pela Corte Constitucional para efeitos de unificar os critérios judiciais de decisão). Este dispositivo, conforme analisaremos ao nos aprofundarmos no caso colombiano, permitiu uma espécie de revolução jurídica dos direitos, pois os cidadãos tiveram um mecanismo ágil para reclamar seus direitos, e os juízes e a Corte Constitucional puderam decidir rapidamente os casos, sem formalismos desproporcionados.

Estes exemplos contrastados da revolução dos direitos na Colômbia e a ineficácia relativa de algumas cláusulas de igualdade em certas constituições colocam em evidência a importância de que o pensamento constitucional progressista não fique no refinamento das declarações ideológicas (que obviamente são importantes) e se preocupe de forma mais aguda com os temas mais triviais, porém, às vezes, mais estratégicos, dos projetos institucionais concretos.

5.5 O risco do caudilhismo e autoritarismo: a tensão entre a democracia participativa, o presidencialismo e o Estado de direito

Às vezes, esta separação relativa entre os princípios ideológicos das reformas e seus projetos institucionais pode ter efeitos mais graves, pois não apenas implica certa ineficácia das promessas constitucionais, como também talvez acarrete consequências autoritárias antidemocráticas. E isto seria além de bastante negativo, também paradoxal, pois uma das grandes tarefas desse novo constitucionalismo é precisamente superar o autoritarismo e o caudilhismo na América Latina. Entretanto, muitos projetos constitucionais caracterizaram-se pela ampliação da democracia participativa sem reduzir significativamente o poder presidencial ou, inclusive, ocasionalmente o reforçando explicitamente, aplicando suas competências, como no Equador, ou prevendo a reeleição presidencial imediata, tal como ocorreu em vários países. Nesse ponto a aspiração e o projeto institucional parecem marchar em direções contrárias, pois a adoção de formas de democracia direta, como referendos ou plebiscitos, que estão acompanhadas por um poder presidencial forte, pode produzir uma combinação explosiva e negativa ao estimular for-

mas de cesarismo democrático ou de democracias “delegativas”, para seguir com a precursora caracterização que O’Donnell (1994) fizera nos anos 1990 do que poderiam ser as tendências da democracia na América Latina.

Esta democracia “delegativa” caracteriza-se como aquela em que o chefe do Estado é eleito popularmente, e, nesse sentido, é democrático; porém, uma vez no poder, considera-se que pode governar do modo que lhe pareça mais apropriado durante seu período presidencial e sem maiores controles “horizontais” ou de outras instituições estatais. E, se há mecanismos de democracia direta, como os referendos, então um presidente popular pode recorrer a eles para livrar-se das amarras jurídicas e dos contrapesos institucionais que possam afetá-lo.

O risco desse presidencialismo delegativo, do qual vimos tanto expressões da esquerda – como Chávez, na Venezuela, ou Correa, no Equador – como da direita – com Menem, na Argentina, Uribe, na Colômbia, ou Fujimori, no Peru –, é que afeta profundamente o Estado de direito, pois rompe a separação dos poderes. E isto se presta não apenas a autoritarismos, violações de liberdades básicas e corrupção, como também pode afetar a própria alternância democrática, pois não é rara a tendência desses presidentes populares de buscar a reeleição permanente. Estaríamos, assim, não em uma democracia “delegativa” temporária, como teorizou O’Donnell, mas em uma espécie de presidencialismo “delegativo” permanente. Porém, e além disso, o presidencialismo “delegativo” é contrário ao aprofundamento da deliberação e transparência democráticos, pois é o presidente quem, de forma autônoma, ou unicamente aconselhado em segredo por seus conselheiros de confiança, fixa os grandes rumos nacionais.

As justificativas para esses presidencialismos fortes são diversas, mas a fundamental é que é necessária uma unidade de decisão no Estado para conquistar as transformações radicais que as constituições proclamam, pois em países como os da América Latina, tão instáveis politicamente e com elites tão resistentes às reformas sociais, apenas uma poderosa unidade de ação poderia superar as objeções e anular os bloqueios à mudança. E essa unidade de ação não poderia estar encarnada em uma pessoa diferente de um presidente com amplos poderes e legitimado popularmente, por meio de mecanismos de participação democrática direta.

Aqueles que advogam por um presidencialismo forte, geralmente reconhecem que há uma tensão entre a busca por mudanças sociais profundas,

a proteção do Estado de direitos e da clássica formulação da separação de poderes. Porém, diante dessa tensão, argumentam que se queremos materializar as transformações igualitárias que a América Latina requer, é indispensável limitar a separação de poderes em benefício do poder presidencial, mesmo que isto tenha alguns custos em termos de Estado de direito.

No entanto, essa opção presidencialista nos parece arriscada e desnecessária. Por isso, talvez, o constitucionalismo latino-americano devesse revisar e visitar o debate sobre a conveniência do parlamentarismo para a América Latina, que se deu no início dos anos 1990, a partir das reflexões de Linz, Valenzuela ou Nino (LINZ; VALENZUELA, 1994; NINO, 1993). É verdade que, como mostraram alguns estudos posteriores, esse debate inicialmente foi excessivamente simplificado, e é possível que as teses dos mencionados autores tenham tido algo de ilusão estatística,⁶⁷ minimizado a importância dos contextos sociais e culturais na evolução dos regimes políticos e desconhecido certas virtudes do presidencialismo e sua variedade de formas.

Apesar dessas críticas, acreditamos que o aprofundamento do caráter “delegativo” do presidencialismo latino-americano nos últimos anos mostra a relevância de pensar em fórmulas parlamentares ou semiparlamentares para a região, ainda que alguns estudiosos pensem que seja uma discussão saturada. Um regime mais parlamentarista poderia ser menos personalizado e mais inclusivo politicamente, pois o governo deve contar com outras forças políticas para ter majorias estáveis nos Congressos, de cujo apoio depende sua continuidade. Além disso, um regime parlamentarista ou semiparlamentarista poderia conquistar a coerência e a unidade política entre governo e parlamento que são necessárias para empreender grandes reformas, mas sem os altos riscos do presidencialismo “delegativo”. As fórmulas parlamentares que obriguem haja uma responsabilidade do Congresso no Governo, são eficazes, pois evitam os bloqueios entre o Executivo e o Legislativo, devido à possibilidade de recorrer a eleições antecipadas, enquanto esses estancamentos ocorrem com frequência no presidencialismo, quando o Governo e o Congresso estão sujeitos a forças políticas distintas. Um regime com características parlamentares seria mais inclusivo e representativo e, ao mesmo tempo, mais eficiente.

Evidentemente o que obriga o parlamentarismo é que haja mais negociação política entre as formas antes de adotar uma decisão. As decisões teriam de ser tomadas de modo mais lento e consensual do que em um sistema presiden-

cial, sobretudo se for “delegativo”, em que o governante pode autonomamente e de forma rápida tomar suas determinações. No entanto, isto não deveria ser visto como um defeito, mas, sim, como uma virtude do regime parlamentarista, pois aumenta a deliberação pública que acompanha as decisões estatais, com o que crescem as boas razões para defender um regime parlamentarista ou semiparlamentarista na Colômbia.⁶⁸

É possível que para a discussão constitucional latino-americana seja relevante a conhecida e fecunda distinção do sociólogo Michael Mann entre o poder despótico e o poder infraestrutural do Estado (MANN, 1986). O primeiro faz referência à capacidade do governante de tomar decisões sem ter de realizar negociações rotineiras e institucionalizadas com outros setores da sociedade. O segundo tem relação com a capacidade estatal de conseguir implementar logisticamente suas decisões em âmbito social. E esses poderes podem não estar juntos. Desse modo, como mostra Mann, talvez existiriam Estados com alto poder despótico, mas baixo poder infraestrutural, como o foi o Império Romano, pois o imperador podia tomar discricionariamente qualquer decisão, porém sua capacidade de impô-la aos territórios era baixa. Ou, ainda, houve Estados com alto poder despótico e alto poder infraestrutural, como os regimes totalitários do século XX, como o nazismo. Ou Estados com baixo poder despótico e baixo poder infraestrutural, como o regime feudal. E, finalmente, as desenvolvidas democracias modernas que se caracterizam por ter baixo poder despótico, pois o governante tem de negociar suas decisões com os agentes sociais, mas com altíssimo poder infraestrutural, visto que uma vez tomada a decisão, conta com legitimidade e mecanismos institucionais para torná-la efetiva.

O presidencialismo “delegativo” gera um arriscado poder despótico, sem que seja uma opção necessária para que as constituições possam cumprir suas promessas de mudança social, pois o problema mais importante é a capacidade infraestrutural que tenha o Estado para implementar as decisões. Por isso deveríamos pensar em projetos institucionais que reduzam o poder despótico do Estado, mas aumentem sua capacidade infraestrutural.

5.6 Os riscos da inércia:

a tensão entre o velho e o novo

O constitucionalismo latino-americano que caracterizamos neste texto

contém algumas apostas inovadoras que se distanciam ou se embatem abertamente com o passado constitucional da região. Talvez dois dos aspectos que melhor possam representar esta tensão entre o velho e o novo são: por um lado, a vocação pluralista de parte dos novos textos constitucionais, que se expressa no reconhecimento e valorização de uma cidadania diversa nas dimensões étnica, cultural e política; e por outro lado, a diversificação das fontes jurídicas, tanto pelo reconhecimento das formas de justiça das comunidades indígenas, como pela incorporação de padrões internacionais de direitos humanos e a atribuição de *status* normativo às cláusulas constitucionais.

Os dois pontos implicam renovações sociais e culturais profundas que se tornam difíceis de conciliar com visões tradicionais do direito que estão arraigadas nas mentalidades ou que tendem a se manter em virtude da lógica inercial das instituições. No que diz respeito ao pluralismo e à valorização das diferenças, um exemplo desta tensão entre o velho e o novo se evidencia em alguns dos países da região por ocasião da persistência de certos aspectos confessionais. A preeminência da moral católica na definição de alguns assuntos da vida pública, relacionados principalmente com a liberdade sexual, se embate com o pluralismo que implica o respeito de distintas opções no projeto de vida. Não é, portanto, uma coincidência que os países nos quais persistem estas características confessionais sejam precisamente aqueles que contêm as mais limitadas expressões do pluralismo, como é o caso das Constituições de El Salvador e de Honduras.

Por outro lado, a diversificação do sistema de fontes jurídicas debate com uma visão formalista do direito que caracterizou a formação e a prática forense na região, fundada em um culto acrítico e ingênuo da lei e no desconhecimento da força vinculante da constituição. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos aos ordenamentos internos, o reconhecimento de fontes jurídicas alternativas como o direito dos povos indígenas e a aposta na eficácia normativa da constituição implicam a renovação da cultura jurídica que demanda uma abertura a novas teorias e metodologias jurídicas.

Sem uma mudança na cultura jurídica dos advogados, dos funcionários e da própria população, as inovadoras promessas das novas constituições estarão sujeitas a enfrentar o destino de ficarem reduzidas ao papel.

6 EXCURSO: DESAFIOS E RISCOS DAS DISTINTAS VIAS DE TRANSFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL – OS CASOS DA VENEZUELA E COLÔMBIA

Como mostramos ao longo deste item, o novo constitucionalismo latino-americano tem propósitos e inovações relevantes e importantes, mas também está atravessado por complexas tensões, que poderiam limitar suas potencialidades democráticas ou, inclusive, ter efeitos negativos. Uma pergunta naturalmente surge: Como se desenvolveram na prática esses novos regimes constitucionais?

Por não ser possível desenvolver um exame detalhado das evoluções dos distintos países, preferimos nos centrar no estudo comparado de dois casos, que por contraste, podem oferecer lições importantes. A seleção parte da tensão que constatamos entre o constitucionalismo forte e a democracia forte, que implica às constituições latino-americanas abertura a diferentes vias para a realização de seus postulados. Seguindo a tipologia proposta por Mauricio García, é possível identificar dois modelos de constitucionalismo aspiracional que se distinguem em função dos mecanismos de que se utilizam para realizar na prática os postulados constitucionais: um é o aspiracional-judicial e o outro, o aspiracional-político, que corresponde globalmente à distinção que fizemos precedentemente entre a democracia forte e o constitucionalismo forte. De acordo com Garcia, “o primeiro se vale dos juízes e em particular dos tribunais constitucionais, para cumprir com suas obrigações”, enquanto “o segundo se vale, sobretudo, da lei e das maiorias políticas para conquistá-lo” (GARCÍA, 2012, p. 99).

A juízo do autor, o caso colombiano é um bom exemplo do primeiro modelo, enquanto o venezuelano ilustra bem o segundo. Uma das raízes a qual García explica esta diferença tem relação com a natureza dos processos constituintes em cada um desses países. Desse modo, enquanto a Constituição colombiana de 1991 foi o resultado de uma assembleia constituinte que não tinha grande força política por trás dela, a venezuelana de 1999 foi o produto da revolução bolivariana liderada pelo chavismo. Isto explica que, no caso colombiano, o dinamismo das promessas constitucionais não foi canalizado pela via política, mas por uma Corte Constitucional cujos magistrados, garantidores de uma tradição de autonomia judicial, que foi particularmente forte neste país, assumiram seriamente sua função de garantir a supremacia constitucional a partir do uso de uma dogmática jurídica adequada aos desafios

que a nova carta política postulava; e que no caso venezuelano a efetividade da Constituição recaiu essencialmente nas maiorias políticas alinhadas em torno do presidente Chávez.

A este fator podemos agregar outro derivado dos próprios textos constitucionais. Conforme indicamos, um aspecto distintivo da Constituição da Venezuela, que é compartilhado com a equatoriana e a boliviana, é a definição de uma intervenção mais forte do Estado na economia, como via para conquistar as promessas de justiça social e igualdade. E, nesse aspecto, a efetividade da aposta transformadora recai fundamentalmente no poder executivo com o respaldo do legislativo, pois é este o chamado a encarregar-se da gestão direta de setores estratégicos da economia, como de adotar os programas que demandam uma agenda intervencionista. Sendo assim, o próprio texto constitucional favorece, mais que nos outros países da região, que o cumprimento das promessas constitucionais canalize-se pela via da ação política.

A seguir, nos referiremos a cada um desses casos com o propósito de oferecer algumas reflexões sobre as vantagens e os riscos que derivam de cada uma dessas vias de realização constitucional.

6.1 O caso colombiano: neoconstitucionalismo forte, democracia débil⁶⁹

Há duas décadas de sua aprovação, a aposta pela garantia dos direitos teve na Colômbia resultados positivos significativos,⁷⁰ enquanto os resultados em matéria de fortalecimento da democracia participativa e representativa foram precários. Desse modo, ao passo que a ação de tutela tornou-se um mecanismo de uso recorrente para a proteção dos direitos⁷¹ e a Corte Constitucional alcançou um alto protagonismo político e social, a tal ponto que se pode falar com segurança de um fenômeno de judicialização da política (UPRIMNY, 2007), a efetividade dos mecanismos de participação cidadã foi limitada, bem como as tentativas para fortalecer a democracia nas instâncias de representação.

A experiência de proteção judicial dos direitos, por meio da tutela, foi intensa. Para mencionar alguns casos, por intermédio da tutela, a Corte amparou os direitos de pessoas historicamente discriminadas, como os homossexuais, os portadores de HIV e as pessoas privadas de liberdade; protegeu os direitos das comunidades indígenas ao ponto, inclusive, de ordenar a suspensão de grandes projetos de exploração econômica e de infraestrutura por não

terem esgotado devidamente o requisito da consulta prévia; e protegeu o direito à saúde de milhares de colombianos e colombianas, que, apenas por meio da tutela, conseguiram o fornecimento de certos medicamentos e tratamentos necessários para manter um padrão de vida digno. Porém, algumas sentenças de tutela tiveram um alcance mais estrutural por meio da declaratória do “estado de coisas inconstitucional (ECI)”, uma figura de criação jurisprudencial que a Corte utilizou para afrontar vulnerações massivas de direitos de setores específicos da população. Por meio desta figura, a Corte interveio no projeto e implementação de políticas públicas a fim de conquistar amparos estruturais que vão além do caso concreto. Dessa maneira, por exemplo, a Corte declarou um ECI devido à situação de amontoamento nas prisões e às precárias condições das carceragens colombianas. Depois de conceder numerosos amparos individuais, a Corte Constitucional determinou que se tratava de uma situação estrutural e, portanto, ditou ordens gerais ao governo para que em um prazo de alguns meses, acabasse com a superlotação nas prisões (Sentença T-153/98). Uma situação semelhante, mas de maiores dimensões, ocorreu com relação aos deslocamentos internos (Sentença T-025/04). E mais recentemente, a Corte deu ordens gerais em uma sentença estrutural (Sentença T-769/08) como resposta às violações recorrentes do direito à saúde, em função das dificuldades estruturais do Sistema Geral de Segurança Social em Saúde. Com parte do cumprimento desta sentença de tutela, o Governo unificou os planos de benefícios em saúde, que antes de 2012, eram distintos para a população pobre subsidiada e a população afiliada ao regime contributivo.

Por outro lado, a Corte Constitucional também adotou decisões de alto impacto por meio do controle de constitucionalidade abstrato da legislação. Apenas para citar alguns exemplos, a Corte controlou os excessos governamentais, em especial nos estados de exceção, com o qual reduziu o uso desproporcional do estado de sítio que caracterizou a Colômbia antes da Constituição de 1991 (UPRIMNY, 2003). Igualmente, protegeu a autonomia individual, utilizando-se de decisões como a despenalização do consumo de drogas (Sentença C-221/94) e da eutanásia (Sentença C-239/97); favoreceu a igualdade entre as religiões, mediante a anulação da concordata e dos privilégios da religião católica (Sentença C-027/93); e reconheceu direitos que confrontaram extensos e arraigados padrões culturais, como os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, com fundamentos nos quais a Corte despenalizou

o aborto em três circunstâncias (Sentença C-355/06) e os direitos dos casais do mesmo sexo, aos quais a Corte estendeu grande parte dos direitos previstos no ordenamento para os casais heterossexuais.⁷²

Em contraste com os avanços por via da justiça constitucional, a inovação democrática teve um resultado bastante aquém. Ainda que nos últimos vinte anos se tenha rompido com o bipartidarismo, que era visto, com razão, pelos constituintes como um dos sinais do caráter excludente do regime político colombiano, a democratização das instâncias representativas ainda está longe de materializar-se. Pelo contrário, a democracia representativa inclinou-se mais a se deteriorar, em especial devido à maneira como as organizações criminosas, em especial os grupos paramilitares, conseguiram não apenas interferir no sistema eleitoral, como também, inclusive, cooptar, por vias eleitorais, parcelas importantes do Estado colombiano, notavelmente em âmbito local. Por exemplo, uma das principais estudiosas do tema na Colômbia indicou que, ao menos, um de cada quatro políticos locais teve nos últimos anos alguma relação com grupos armados ilegais e que “em 2002 os congressistas eleitos com apoio do narcoparamilitarismo obtiveram 34% das cadeiras e mais de dois milhões de votos, equivalentes a 25% da votação para o Senado” (LÓPEZ, 2010, p. 33).

Por outro lado, o panorama em termos de democracia participativa muito menos apresenta um quadro alentador. Apesar de o impulso constitucional desatar um desenvolvimento legislativo importante em matéria de mecanismos institucionais para permitir a participação cidadã, sua efetividade foi, em geral, muito limitada. Os resultados precários com relação à aplicação de dispositivos de participação se devem, em parte, à própria regulamentação legal que em alguns casos submete a iniciativa cidadã aos órgãos de representação política – como ocorre no caso da convocatória a um referendo de iniciativa popular que deve passar pelo filtro do Congresso da República antes de chegar às urnas –,⁷³ ou que prevê requisitos exigentes que tornam difíceis de cumprir, pois demandam um considerável desdobramento de recursos que nem sempre estão ao alcance da população. Mas o problema não se consolida apenas no marco normativo. Ao menos três aspectos característicos do contexto social e político colombiano dificultam o entroncamento da democracia participativa com a sociedade: o clientelismo; a precariedade das condições de vida de muitos colombianos e colombianas;

e o conflito armado (VELÁSQUEZ; GONZÁLEZ, 2003). Mesmo que a participação tenha a potencialidade de transformar as práticas políticas, não se trata de uma tarefa fácil, pois implica enfrentar uma cultura política desfavorável e redes de clientela que a obstaculizam. Por outro lado, a situação da pobreza na qual permanece uma grande parte da população⁷⁴ impediu também a extensão da democracia participativa, pois a pobreza constitui um fator de exclusão social que limita o acesso à informação, bem como à aquisição de certas destrezas que são necessárias para atuar na esfera pública. E finalmente, a situação de violência, que, em alguns casos, motivou experiências comunitárias de resistência e dispositivos de participação “a partir de baixo”, em geral, limitou a participação, ou por meio da intimidação com o uso de armas ou pelo controle dos cenários sociais de participação.

Os dados precedentes constataam, portanto, a ideia de que as aspirações de mudança constitucional foram conduzidas preferencialmente pela via judicial. Pois bem, este modelo aspiracional-judicial teve aspectos positivos, mas também tem significativas limitações e implica riscos em termos da realização efetiva das promessas constitucionais. Quanto aos aspectos positivos, a jurisprudência da Corte Constitucional tornou realidade o postulado da eficácia normativa da Constituição e, com isso, custodiou de maneira ampla a proteção dos direitos civis, sociais e coletivos e, além do mais, promoveu a constitucionalização do direito ordinário, impulsionando, desse modo, a transformação da cultura jurídica nacional. Vários grupos sociais com condições limitadas de acesso ao poder político, como as pessoas relegadas pela violência, os homossexuais, os ativistas pelos direitos sexuais e reprodutivos e as comunidades indígenas, encontraram na Corte Constitucional um amparo para a defesa de seus direitos e um autor fundamental para a promoção de mudanças sociais (LEMAITRE, 2009; JARAMILLO, 2012).

Adicionalmente, as decisões da Corte tenderam, em muitos casos, a fortalecer e não a debilitar a democracia colombiana. Como prova disto, podemos oferecer ao menos três exemplos: o primeiro é a histórica decisão (C-141 de 2010) que declarou a inconstitucionalidade da lei que convocava um referendo com o fim de permitir a reeleição de Álvaro Uribe, que já havia se beneficiado de uma primeira reforma constitucional que introduziu a possibilidade da reeleição presidencial imediata e que levava, portanto, a dois períodos consecutivos de governo. Apesar de com esta decisão a Corte impedir a realização

de um referendo cuja convocatória pretendia permitir a permanência no poder de um presidente muito popular, a sentença do Tribunal foi profundamente democrática, pois evitou que se manipulassem as regras eleitorais e constitucionais para perpetuar no poder o referido presidente, com o que se teria rompido irreversivelmente o regime democrático na Colômbia.

O segundo é o inovador processo de acompanhamento ao cumprimento da sentença da Corte que declarou o estado de coisas inconstitucional em matéria de deslocamento forçado, pois a partir deste não apenas ativou-se uma política pública com enfoque de direitos, mas também promoveu um modelo de democratização da gestão pública. Com efeito, o acompanhamento ao cumprimento das ordens judiciais ditadas neste caso abriu espaço a um processo inédito e complexo de articulação e diálogo entre os agentes das políticas públicas, a Corte Constitucional e as organizações da sociedade civil, o que se ampliou desde que se proferiu a sentença em 22 de janeiro de 2004 até hoje.⁷⁵ O caráter participativo do processo de implementação da sentença, que foi facilitado também pelo fato de que a Corte combinou ordens fechadas, que definem de modo específico o que as autoridades devem fazer, junto com ordens abertas e flexíveis que deixam uma margem ampla de manobra às autoridades na definição dos instrumentos de cumprimento, não apenas dotou esse processo de intervenção judicial de maior legitimidade (RODRÍGUEZ, 2011), como também constituiu uma espécie de ativismo deliberativo, que, no contexto colombiano, democratizou a construção da política pública.

E o terceiro exemplo é a jurisprudência constitucional sobre o direito fundamental à consulta prévia das comunidades indígenas e afrodescendentes, a qual constituiu um fator importante para a construção de uma democracia intercultural.⁷⁶ O Alto Tribunal ordenou em vários casos a suspensão de projetos econômicos que se iniciaram sem ter esgotado de modo satisfatório o processo de consulta prévia com as comunidades étnicas afetadas. Assim, por exemplo, no ano de 2009, a Corte ordenou suspender um projeto de mineração de grande envergadura que se desenvolvia em territórios ocupados por povos indígenas e comunidades afrocolombianas no noroeste do país (região de Urabá), ao constatar várias falhas graves no processo de consulta, como a ausência de participação de várias comunidades, a falta de divulgação de informação sobre o projeto e inclusive a suplantação de autoridades indígenas e negras em algumas etapas da consulta (Sentença

T-769/09). Esta sentença é importante também porque nela a Corte determinou que em se tratando de projetos de grande escala, que tenham um alto impacto em territórios indígenas ou afrocolombianos, se requer o consentimento livre, prévio e informado das comunidades. Adicionalmente, a Corte declarou a inconstitucionalidade de três leis – a Lei Florestal (Sentença C-030/08), o Estatuto de Desenvolvimento Rural (Sentença C-175/09) e a reforma do Código de Minas (Sentença C-366/11) –, bem como de uma reforma constitucional que regulamentava um aspecto relacionado com a circunscrição especial de minorias étnicas (C-702/10), precisamente por não terem sido consultadas previamente as comunidades indígenas e afrodescendentes.

No entanto, apesar das bondades da justiça constitucional como via para a materialização das aspirações constitucionais, a forte inclinação da balança para o lado da judicialização comporta, ao nosso juízo, ao menos, dois grandes riscos. O primeiro é a debilidade intrínseca da justiça constitucional para sustentar um projeto de transformação de grande envergadura. A jurisprudência constitucional pode abrir cenários para a democratização e para o respeito dos direitos, mas parece impensável uma garantia ampla e efetiva dos direitos sem uma transformação profunda das instituições democráticas, de tal modo que nestas estejam efetivamente representados os interesses daqueles que foram historicamente excluídos dos benefícios econômicos e das instâncias políticas. O segundo risco deriva do fato de que, assim como a justiça constitucional pode jogar um papel importante na representação ou na ampliação da democracia, tal como o demonstra o caso colombiano, uma democracia vigorosa também é necessária para conter os potenciais desmandos de uma justiça constitucional robustecida. Até o momento a Corte Constitucional colombiana desempenhou, em termos gerais, um papel protagonista na materialização dos postulados constitucionais e precisamente por essa razão, a ameaça de cooptação deste órgão por parte de setores interessados em deter o projeto transformador representado na Constituição tende a crescer. Isto representa dois problemas: em primeiro lugar, sem uma democracia vigorosa é mais difícil conter as tentativas de cooptação da justiça constitucional por parte de forças retardatárias. E, em segundo lugar, se esta cooptação ocorre, com uma democracia débil incapaz de controlar a Corte, não é difícil imaginar o estancamento e, inclusive, o retrocesso das conquistas alcançadas pela via judicial.

6.2 O caso venezuelano: democracia a partir de baixo, fortalecimento presidencialista e erosão do Estado de direito

O período de existência da Constituição da Venezuela de 1999 praticamente coincide com o da duração do governo do presidente Chávez. De fato, para sermos mais precisos, podemos dizer que esta constituição não conheceu outro presidente. Este fato é revelador, pelo menos em dois aspectos. Em primeiro lugar, sugere que o balanço sobre o alcance transformador da Constituição de 1999 traslada-se, inevitavelmente, em boa medida, com o balanço da gestão política do chavismo, principalmente se se considera que esta constituição é o resultado da ascensão desta força política na Venezuela. E, em segundo lugar, mostra algo óbvio, mas significativo: que o presidente Chávez permaneceu no poder mais do que qualquer outro presidente eleito popularmente na região durante estas últimas décadas de mudanças constitucionais.

O caso venezuelano ilustra bem as diferenças do balanço entre as três tradições constitucionais que nutrem a maioria das constituições latino-americanas – a liberal, a democrática e a social. O ator protagonista no processo de materialização das aspirações constitucionais foi o governo liderado por Chávez que, junto com suas bases populares, deu foco na realização das promessas de bem-estar social e na promoção e exaltação da democracia participativa. A ênfase nestes dois aspectos inclinou a balança a favor das dimensões democrática e social da constituição. No entanto, esta centralidade do governo chavista, aliada ao carisma pessoal e ao estilo populista de Chávez, fez gravitar o projeto de transformação representado na constituição em torno da figura presidencial, com o que não apenas se fortaleceu o presidencialismo, como também colocou-se em dúvida dois dos princípios essenciais do Estado de direito e do constitucionalismo liberal: a alternância no poder e a independência das áreas do Estado.

Sem entrar na avaliação dos meios utilizados, os resultados em matéria social alcançados pela Venezuela nas últimas décadas são destacáveis. Pode-se dizer que a Venezuela é um dos países na região que mais avançou em termos sociais justo no período posterior a uma mudança constitucional. Segundo os dados da Comissão Econômica para América Latina e o Caribe, CEPAL, a Venezuela passou de 49,4% de sua população vivendo sob a linha da pobreza em 1999, para 27,8% em 2010 (CEPAL, 2011). Isto é, em uma década houve uma redução de

21,6 pontos, apenas superada na região pelo Equador, que mudou de uma porcentagem de 63,5% em 1999 para 37,1% em 2010. Mas não houve apenas uma redução da pobreza, também existiram nesses anos resultados muito importantes em termos de diminuição da desigualdade. Por exemplo, se analisarmos a clássica medida do Coeficiente de Gini, que varia de 0 (total igualdade) a 1 (total desigualdade), a Venezuela teve resultados notáveis desde a aprovação da constituição e durante os governos de Chávez: conseguiu uma redução de mais de dez pontos, chegando a 0,38, o que a torna o país mais igualitário em âmbito da distribuição de renda na América Latina, inclusive com um resultado melhor que o tradicionalmente igualitário Uruguai (CEPAL, 2010; 2012). Essa redução da desigualdade econômica implicou a passagem da Venezuela de um país com brecha social média para um de brecha social baixa (CEPAL, 2010).

É fato que a Venezuela não foi o único país a reduzir a pobreza e a desigualdade, pois há outros exemplos de sucesso, como o Brasil e o Panamá, porém esses indicadores sociais não são de pouca envergadura se considerarmos que as pessoas que vivem abaixo da linha da pobreza são aquelas que, por definição, não têm muitos de seus direitos garantidos. Nesse sentido, a superação da pobreza e a redução da desigualdade são pressupostos iniludíveis para a garantia efetiva dos direitos, e por esta razão, as notáveis conquistas da Venezuela nessa matéria constituem uma evidência do avanço na realização de uma das grandes aspirações do constitucionalismo latino-americano, que é a de construir sociedades mais democráticas e igualitárias.

A outra particularidade do caso venezuelano é o lugar de destaque que adquiriu o princípio da soberania popular. Este fenômeno está ligado à noção da democracia radical, que questiona os limites do modelo representativo liberal, advoga pelo aprofundamento da participação direta da população e reivindica o sujeito popular como fundamento primordial do direito e como garantidor da última palavra em âmbito constitucional. Em concordância com este princípio, o Estado venezuelano promoveu a organização das comunidades locais e foram definidos mecanismos institucionais para a participação da população nos cenários de planejamento e, inclusive, na gestão direta de projetos de acordo com as prioridades definidas pelas próprias comunidades. Uma das estratégias de maior destaque foi a conformação dos Conselhos Comunais, que são definidos como “uma instância de participação para o exercício direto da soberania popular”.⁷⁷ Esses conselhos são instâncias locais

que agrupam pessoas que habitam um mesmo território com o objetivo de definir e executar projetos em benefício de suas respectivas comunidades, para o que contam com o apoio técnico e financeiro do Governo Nacional. Estimava-se que no ano de 2011, dois anos depois da promulgação da lei que os regulamenta, existiriam por volta de 38.000 Conselhos na Venezuela, nos quais as mulheres são majoritariamente as porta-vozes (LALANDER, 2012).

Esses conselhos ampliaram e aprofundaram a democracia no país em certos aspectos, na medida em que permitiram que as pessoas participassem na definição das prioridades para seu próprio desenvolvimento e favoreceram o reconhecimento efetivo de pessoas que foram tradicionalmente excluídas e marginalizadas dos assuntos públicos como sujeitos políticos. No entanto, uma das críticas elevadas a este mecanismo é a relação direta que há entre os conselhos e a Presidência da República, o que não apenas visa a fortalecer as tendências presidencialistas uma vez que envolve diretamente o governo central na gestão dos assuntos locais, como também pode minar a própria autonomia das organizações populares (LOVERA, 2008). Essa relação estreita entre as instâncias da participação popular e o Poder Executivo gerou desconfiança em alguns setores que veem os Conselhos como organizações pensadas para os partidários do governo, o que inclusive conduziu à fundação da Frente de Conselhos Comunais Excluídos. Mesmo que não seja possível reduzir os conselhos a simples agrupações chavistas,⁷⁸ a débil autonomia destes ante o governo constitui um risco em termos do próprio fortalecimento da democracia participativa (LALANDER, 2012).

A situação dos Conselhos em relação ao poder executivo revela na realidade um dos elementos fundamentais para entender o tipo de constitucionalismo que surgiu juntamente com o projeto chavista: o fortalecimento do presidencialismo a partir da invocação da soberania popular. Desse modo, aqueles que defendem a reeleição indefinida na Venezuela assinalam que a incorporação da figura foi decidida pela maioria do povo venezuelano por meio de um mecanismo de democracia participativa e que, além disso, a permanência de Chávez no poder foi também o resultado de um processo eleitoral com ampla participação popular. Por exemplo, o filósofo Ernesto Laclau defendeu a reeleição indefinida na Venezuela e mostrou-se, inclusive, favorável a sua implementação na Argentina para permitir a continuidade da presidenta Cristina Kirchner, sob uma defesa do populismo como

alternativa democrática na América Latina. Segundo seu critério, as massas políticas dos países latinos, que em certa medida eram “virgens”, pois não haviam participado no sistema político, exceto por meio do clientelismo, lançam-se na arena histórica e “o fazem por meio da identificação com um determinado líder, e esse é um líder democrático porque, sem essa forma de identificação com o líder, essas massas não estariam participando dentro do sistema político e o sistema político estaria nas mãos das elites que substituiria a vontade popular” (LACLAU, 2012).

A partir desta perspectiva, a justificativa da reeleição presidencial indefinida, em casos como o venezuelano, consolidaria que este seria o melhor modo de assegurar a vigência efetiva da vontade popular que estaria encarnada na pessoa do presidente. Há, pois, nesse caso uma perigosa ideia de fundo: aquela que conecta a soberania popular ao presidencialismo.

Essas posições têm um ponto de partida valioso, que é crítica à redução da noção de democracia aos postulados liberais, em conformidade com os quais o caráter democrático de um regime determina-se exclusivamente em fundação da alternância no poder, da separação de poderes e nas garantias para os opositores, isto é, um conceito de democracia que não repreende a ideia de que, sempre e quando se mantenha este conjunto de garantias, o poder político será exercido por uma elite para salvaguardar seus próprios interesses. No entanto, apesar da importância do esforço para pensar a democracia na América Latina para além do liberalismo, o nosso modo de ver o erro destas perspectivas nos leva a “esquecer” o que este tem para dizer em nossa região.

A modificação das regras eleitorais para permitir a reeleição presidencial indefinida do próprio presidente Chávez, precisamente estimulada por essa ideia de que sem ele a transformação prometida na Constituição não poderia continuar, coloca também em risco a separação dos Poderes, pois nas pretensões de perpetuação no poder vão aparelhadas as práticas de sua concentração. E isto se traduziu em uma grave afetação da independência judicial, pois o governo Chávez praticamente cooptou, desde 2004, a Corte Suprema de Justiça, que ficou alinhada ao projeto chavista, o qual, por sua vez, debilitou as garantias judiciais dos opositores a ele, o que permitiu, portanto, afetações graves aos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão (HRW, 2012). Alguns magistrados do Supremo Tribunal, inclusive, abandonaram a ideia de independência judicial, pois reconheceram no presidente Chávez um líder que os

orienta. Por exemplo, a presidenta do Supremo Tribunal, Luisa Estella Morales, declarou, referindo-se ao líder Hugo Chávez: “estamos firmes no avanço das responsabilidades que ele nos encomendou e as quais não vamos defraudar nem agora nem nunca” (HRW, 2012, p. 17).

Dado o forte vínculo que historicamente existiu em nossos países entre presidencialismo e autoritarismo, não parece que a melhor alternativa para democratizar o poder seja reforçando este presidencialismo e descartando dessa tarefa as contribuições do Estado de Direito, sem o qual, como o assinalou, insistentemente e com razão, Bobbio, não parece que possam existir democracias genuínas (BOBBIO, 1985). Podem existir Estados de Direito que não sejam verdadeiramente democráticos, mas não parece viável uma democracia sem Estado de Direito, pois ela requer a preservação das liberdades e das regras de jogo, que são o pressuposto do exercício da soberania popular.

Porém, se Bobbio pode parecer a alguns um teórico muito liberal, a experiência venezuelana faz recordar a crítica certa, com relação à esquerda socialista, de Rosa Luxemburgo ao autoritarismo bolchevique, quando Lênin e Trotsky suprimiram a assembleia constituinte e a democracia representativa, com o argumento de que a verdadeira democracia era exclusivamente a dos soviets. As críticas de Luxemburgo continuam sendo muito atuais, quando lhes objetou que essa decisão iria levar à própria debilitação dos soviets, pois “sem eleições gerais, sem uma irrestrita liberdade de imprensa e reunião, sem uma livre luta de opiniões, a vida morre em toda instituição pública, torna-se uma mera aparência de vida, na qual apenas fica a burocracia como elemento ativo”, o que conduz inevitavelmente à ditadura. E, para isso, sua célebre admoestação. “A liberdade apenas para os que apoiam o governo, apenas para os membros de um partido (por mais numeroso que este seja) absolutamente não é liberdade. A liberdade é sempre e exclusivamente liberdade para o que pensa de maneira diferente.” (LUXEMBURGO, 2008, p. 400-402)

CONCLUSÕES: OS DESAFIOS ACADÊMICOS E POLÍTICOS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Apesar das diferenças com relação à origem e à intensidade das transformações constitucionais que ocorreram na América Latina ao longo das três últimas décadas, é possível identificar um conjunto de aspectos compartilhados pela maioria das constituições da região, tanto no que diz respeito à definição

dos princípios e direitos, como na regulamentação do exercício do poder público. Este conjunto de linhas comuns dá conta de um neoconstitucionalismo aspiracional, de estilo igualitário, entusiasta da diversidade e orientado à democratização. No entanto, também existem algumas particularidades significativas que distinguem as mais recentes Constituições da Bolívia, do Equador e da Venezuela relativas, por um lado, à ampla mobilização política que se deu durante seus processos constituintes, e, por outro lado, à definição de agendas alternativas e mais intervencionista no que diz respeito à relação entre o Estado e a Economia e, no caso da Bolívia e do Equador, à realização de apostas mais ousadas na diversidade étnica e cultural. Apesar de se tratarem de constituições que retomam os elementos progressistas das demais Cartas Magnas da região, especialmente da brasileira e da colombiana que a este respeito são pioneiras, estas aprofundam as tendências progressistas e também definem caminhos alternativos para a realização das promessas constitucionais.

Em todo caso, em virtude dos pontos de conexão destas três Constituições com as dos demais países da região, tais pontos também são predicáveis de algumas das tensões que neste trabalho identificamos como próprias do último constitucionalismo latino-americano, as quais estão relacionadas com as dificuldades e desafios que produz a realização efetiva das aspirações modeladas nos textos constitucionais. Algumas delas são tensões imanentes ao próprio programa aspiracional do constitucionalismo da região latina, apostas que podem apontar em direções contrárias, como talvez ocorra com os princípios de justiça distributiva e justiça de reconhecimento ou entre uma democracia forte e um constitucionalismo forte. Outras têm relação com a correspondência entre as promessas constitucionais e os projetos institucionais, pois apesar de existirem avanços como a justiça constitucional, os tribunais plurinacionais e as defensorias do povo, não parece haver uma correspondência plena entre a parte dogmática e a parte dogmática da Constituição. Mais grave ainda, certos projetos constitucionais podem oportunizar combinações perigosas como aquela que surge da ampliação da democracia participativa e da manutenção de um presidencialismo forte, que gerou democracias delegativas legitimadas popularmente. Igualmente, as novas apostas constitucionais estão em tensão com as inércias institucionais e com as culturas jurídicas formalistas que podem constituir um obstáculo para o desenvolvimento de uma prática constitucional à altura das grandes apostas de transformação.

Finalmente, apesar dos pontos comuns, os textos constitucionais e as práticas constitucionais podem tomar rumos diferentes. Neste trabalho nos referimos aos dois possíveis caminhos, que exemplificamos a partir dos casos da Colômbia e da Venezuela, seguindo a tipologia sugerida por Mauricio García de constitucionalismo aspiracional-judicial e aspiracional-político. Cada um desses modelos tem seus acertos, suas limitações e seus riscos, e, portanto, cada qual tem de afrontar seus desafios específicos. No entanto, existe um desafio comum, independentemente do caminho adotado, e que parece ser o grande desafio do constitucionalismo regional: o de encontrar a melhor maneira para que as aspirações de mudança não fiquem petrificadas nas constituições como falsas promessas.

Pois bem, este desafio é tanto político quanto acadêmico. As recentes transformações constitucionais foram acompanhadas de mudanças políticas positivas em nada depreciáveis na região como: i) uma determinada estabilização da democracia política, ou ao menos da existência de governos civis eleitos popularmente; ii) um determinado giro progressista da política latino-americana, com a chegada ao poder em alguns países de movimentos que parecem mais genuinamente preocupados em enfrentar a exclusão e a desigualdade; e iii) o aparecimento de movimentos sociais que transformaram a dinâmica política em certos países, como o movimento indígena. E, ainda que não seja clara a relação entre as reformas constitucionais e essas mudanças políticas, essa concomitância dos fenômenos sugere que entre eles poderia haver vínculos importantes, que mostram a relevância do novo constitucionalismo latino-americano. É como se esse “vanguardismo constitucional” não fosse estranho a esta maior consolidação democrática na América Latina (BLANQUER, 2001, p. 46). Devido a isso, estamos diante de um fenômeno que merece ser aprofundado pelo pensamento democrático progressista na região. E visto que, como já destacou Boaventura Santos, houve uma separação importante entre o desenvolvimento de um pensamento constitucional progressista na região e os debates constituintes (SANTOS, 2010). Não houve ou não há ainda uma teoria que permita acompanhar esses esforços de reforma constitucional e de implementação das promessas contidas nas constituições. Existe, portanto, um desafio acadêmico: o de sermos capazes de criar uma massa crítica do pensamento constitucional progressista, comprometida com o aprofundamento democrático na região, que em

diálogo com experiências e tradições de outros lugares do mundo, acompanhe criticamente os processos constitucionais latino-americanos em curso, a fim de reduzir seus riscos autocráticos e fortalecer as potencialidades democráticas desses esforços de experimentação institucional.

NOTAS

1. Este texto está baseado parcialmente em um trabalho anterior de um dos autores (UPRIMNY, 2011). Mesmo que algumas das teses se mantenham, especialmente na exposição das tendências comuns do constitucionalismo latino-americano e de sua caracterização, neste trabalho especificou-se mais a metodologia da análise comparada, deu-se maior ênfase nas particularidades do constitucionalismo andino, bem como nas tensões, nos riscos e nas vias de transformação abertas pela última onda de reformas constitucionais na região. Uma boa parte destes novos textos desenvolvidos se deve aos generosos e perspicazes comentários propostos pelos participantes do Encontro ILADD 2012, no qual foi apresentado o primeiro rascunho deste trabalho. Agradecemos a todos os integrantes do ILADD por seu apoio, especialmente a Paola Bergallo e Victor Abramovich, por suas valiosas críticas e detalhados comentários. Igualmente, agradecemos a Francisca Pou, Ramiro Ávila e Eduardo Contesse por sua colaboração no fornecimento de informações relevantes sobre as Constituições do México, Equador e Chile, respectivamente. Também somos gratos a Paula Rangel, pesquisadora no *Dejusticia*, e Adriana Gutiérrez, estudante da Universidad Nacional de Colombia, por reunir informação para este trabalho.

2. No total, 12 países da região adotaram novas constituições: Honduras em 1982, El Salvador em 1983, Guatemala em 1985, Nicarágua em 1987, Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Peru em 1993, Equador em 1998 e 2008, Venezuela em 1999, Bolívia em 2009 e República Dominicana em 2010.

3. Trata-se das reformas na Constituição do Panamá em 1983, orientada a restituir o equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo, o qual se havia perdido na Constituição de 1972, adotada depois do golpe militar; na Carta Magna da Costa Rica em 1989, que criou a jurisdição constitucional; na Lei Maior do México em 1992, que introduziu modificações nas relações Estado-Igreja e no que diz respeito à função social da propriedade privada, reconheceu o caráter pluriétnico da Nação e elevou a categoria constitucional a Comissão de Direitos Humanos; na da Argentina em 1994, que ampliou a carta de direitos, reconheceu a categoria constitucional dos tratados internacionais dos direitos humanos e criou o Conselho da Magistratura; na do Uruguai em 1997, que introduziu medidas de descentralização administrativa e modificou aspectos da relação Executivo-Legislativo. No caso da Constituição chilena de 1980, adotada por Augusto Pinochet, apresentaram-se várias reformas a partir de 1989, orientadas a facilitar a transição da ditadura militar ao governo civil. A última reforma significativa ocorreu no ano de 2005, que, entre outras coisas, reduziu o período presidencial, acabou com os senadores designados e vitalícios e outorgou ao Presidente o poder de remover os comandantes das forças armadas.

4. Agradecemos ao Ramiro Avila por nos ter convencido a ressaltar a originalidade profunda do constitucionalismo equatoriano e boliviano.

5. Agradecemos à Paola Bergallo e César Rodríguez por chamarem a atenção sobre este ponto, e por suas valiosas sugestões metodológicas.

6. Este projeto contém uma base de dados com informação classificada sobre as constituições escritas de grande parte dos Estados, tanto as atuais como as que foram adotadas desde 1789. A respeito, ver: <<http://www.comparativeconstitutionsproject.org/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

7. A identificação dessas características comuns operou por meio da revisão dos textos constitucionais dos 19 países latino-americanos (excluiu-se o caso de Cuba por sua excepcionalidade na região). Considerou-se como característica comum aquela compartilhada por ao menos 2/3 dos países. No entanto, a maioria das características é compartilhada por mais de 80% destes.

8. Os pontos com nível de coincidência menor são o da abertura ao direito internacional dos direitos humanos (68,4%), a inclusão de mecanismos de democracia direta (73,6%) e a consagração da ação pública de inconstitucionalidade (73,6%), mesmo que, em todo caso, constituam características comuns a parte das constituições da região.

9. Um exemplo significativo de construção da identidade nacional por homogeneização foi o Pacto da Frente Nacional na Colômbia em 1957, que não apenas fazia da Igreja Católica um elemento essencial da ordem nacional, com o qual discriminava a todas as outras manifestações religiosas ou aos não praticantes, como também reservava o monopólio dos cargos públicos aos partidos tradicionais (liberal e conservador), com o qual discriminava todas as outras forças políticas.

10. As Constituições de Bolívia (art. 1), Colômbia (art. 7), Equador (arts. 1, 61, item 7), Nicarágua (art. 5), Paraguai (arts. 1, 25 e 124) e Venezuela (art. 6) reconhecem o pluralismo em todas as suas formas (político, étnico e cultural) como princípio fundamental do Estado. Por sua parte, a Constituição mexicana incorpora como pilar do Estado o reconhecimento da pluriculturalidade (art. 2). Outros grupos de países não consagram o pluralismo como princípio básico, mas apresentam disposições que, ou reconhecem a diversidade cultural e protegem a identidade étnica, como é o caso das Constituições da Argentina (art. 75, item 17), do Brasil (art. 215), da Guatemala (art. 58), do Panamá (art. 90) e do Peru (art. 2, item 19); ou consagram disposições específicas em matéria de pluralismo político, como ocorre com as Constituições da Costa Rica (art. 95, itens 6 e 7) e de El Salvador (art. 85).

11. Trata-se das Constituições de Argentina (art. 75), Bolívia (cap. IV do título II), Brasil (arts. 231 e 232), Colômbia (arts. 171 e 246), Equador (art. 57), Guatemala (arts. 66 a 69), México (art. 2, lit. A e B), Nicarágua (arts. 1, 121 e 181), Paraguai (arts. V do título II), Panamá (arts. 88, 90 e 127), Honduras (art. 346), Peru (art. 149) e Venezuela (cap. VIII do título II). Cabe destacar, no entanto, que, no caso da Argentina, os direitos dos indígenas não são diretamente reconhecidos na constituição, mas é estabelecido que o Congresso tem o dever de fazê-lo (art. 75).

12. Ver as seguintes Constituições: Argentina (art. 27), Bolívia (art. 15), Brasil (art. 7, inc. XX), Chile (art. 19, item 2), Costa Rica (art. 71), Equador (art. 65), Honduras (art. 128, item 6), República Dominicana (art. 39, item 5)

13. Ver: Constituição do Equador, art. 66, item 3, alínea b, e Constituição da Bolívia, art. 15, inc. III.

14. Ver: art. 48, V, da Constituição da Bolívia; art. 7, seção 20, da Constituição do Brasil, art. 71 da Constituição da Costa Rica e art. 128, seção 6, da Constituição de Honduras.

15. Trata-se das Constituições da Argentina (art. 75, item 23), do Equador (art. 66, item 3, alínea b), da Guatemala (art. 53), da Nicarágua (arts. 56 e 62), do Paraguai (art. 58), do Peru (art. 7), da República Dominicana e da Venezuela (art. 81).

16. Ver as Constituições de Argentina (arts. 37 e 75), Colômbia (art. 13), Nicarágua (art. 48), Paraguai (arts. 46 a 48), República Dominicana (art. 39) e Venezuela (art. 21, item 2).

17. A esse respeito ver as seguintes disposições constitucionais: Argentina (art. 75, item 17), Bolívia (art. 30, inc. II, item 2), Brasil (art. 231), Colômbia (art. 246), Costa Rica, Equador (Capítulo IV, Título II), El Salvador (art. 63, reforma constitucional de 2012), Guatemala (art. 66), México (art. 2, alínea a, item 1), Nicarágua (art. 89), Panamá (art. 90), Paraguai (art. 63), Peru (art. 2, item 19) e Venezuela (art. 121).

18. Sobre a ideia de direitos diferenciados de cidadania, ver Kymlicka e Norman, 1997.

19. Por exemplo, o art. 10 da Constituição equatoriana admite direitos aos povos, à nacionalidade e à natureza, e o Capítulo 2 do Título II, estabelece os direitos com relação à qualidade de vida. Por sua vez, o art. 306 da Constituição boliviana estabelece que o modelo econômico deve estar baseado na qualidade de vida para todos os bolivianos e bolivianas.

20. Existem, no entanto, diversas características em nível de reconhecimento de direitos. Em matéria de direitos sociais, o núcleo mínimo comum que está reconhecido em praticamente todas as constituições da região, está constituído pelos direitos do trabalho e os

direitos à saúde, à educação e à moradia (com exceção da Constituição do Chile que não reconhece o direito à moradia e a Constituição de El Salvador que também não consagra este direito nem o direito à saúde). E, em matéria de direitos coletivos, a maioria das constituições consagra ao menos o direito a um ambiente saudável e equilibrado. Porém, são as Constituições do Brasil, da Colômbia, do Paraguai, do Peru, da Venezuela, do Equador, da Bolívia e da República Dominicana as que empregam um catálogo mais amplo de direitos econômicos, sociais e culturais, com uma exceção importante: o mais recente tem sido a promulgação, mais “garantista” é a constituição; desse modo, os catálogos mais complexos e ricos em direitos são os das Constituições equatoriana, boliviana, venezuelana e dominicana. Uma anotação especial cabe com relação à Constituição de El Salvador, pois, ainda que não se caracterize por ter o mais amplo catálogo de direitos, em abril de 2012, aprovou uma reforma constitucional que reconheceu o direito à água potável e à alimentação (art. 69).

21. Ver o art. 71 da Constituição equatoriana que assinala que a “natureza ou Pachamama, onde se reproduz e se concretiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência, manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos”.

22. Ver o art. 75, seção 22, da Constituição argentina que estabelece uma extensa lista dos tratados de direitos humanos que adquirem caráter constitucional.

23. Ver os extensos arts. 5 e 8 da Constituição brasileira.

24. Ver a ampla carta de direitos da constituição desses países e os arts. 23 da Constituição venezuelana e 53 e 93 da Constituição colombiana que conferem caráter constitucional a certos tratados de direitos humanos.

25. A esse respeito ver os seguintes textos constitucionais: Argentina (arts. 22 e 75), Bolívia (art. 256), Brasil (art. 5, § 2º), Chile (art. 5), Colômbia (arts. 93 e 94), Costa Rica (art. 7), Equador (art. 417), Guatemala (art. 46), México (art. 1), Nicarágua (arts. 5, item 6, e 46), Panamá (art. 4), Paraguai (art. 142), Peru (art. 56 e quarta disposição final e transitória), República Dominicana (art. 74, item 3) e Venezuela (art. 23).

26. A maioria das Constituições consagram tanto mecanismos judiciais de proteção de direitos, bem como algum órgão encarregado. Argentina (art. 43), Bolívia (arts. 128 e ss.), Brasil (art. 5), Chile (arts. 20 e ss.), Colômbia (arts. 86 e ss.), Costa Rica (art. 48), Equador (art. 88 e ss.), El Salvador (art. 247), Guatemala (art. 265), Honduras (arts. 182 e 183), México (art. 107), Nicarágua (arts. 188 e 189), Panamá (arts. 23 e 50), Paraguai (art. 38), Peru (art. 200), República Dominicana (arts. 190 e ss.), Uruguai (art. 17) e Venezuela (arts. 27 e 281). Entre as que apenas

consagram mecanismos judiciais estão as do México, Costa Rica, Chile, Brasil e Bolívia. A do Haiti não estabelece ações judiciais de amparo, mas sim um órgão encarregado pela defesa dos direitos humanos. A mais reduzida com relação aos mecanismos de proteção é a do Uruguai, que apenas consagra a ação de *habeas data*.

27. Ver a respeito nos Princípios de Paris relativos ao estatuto e funcionamento das instituições nacionais de promoção e proteção dos direitos humanos (1991).

28. Ver as seguintes Constituições: Colômbia (arts. 281 e 282), Peru (arts. 161 e 162), Paraguai (art. 276), El Salvador (art. 194), Guatemala (art. 273 a 275), Honduras (art. 59), Haiti (art. 207), Panamá (art. 129), República Dominicana (arts. 190 e ss.), Venezuela (art. 280) e Argentina (art. 86). No caso da Nicarágua existe a Procuradoria para a Defesa dos Direitos Humanos, ainda que não esteja regulamentada na Constituição, criada mediante lei (Lei 212 de 1996).

29. As Constituições que consagram maior número de mecanismos de democracia direta são a colombiana que incorporou o plebiscito, o referendo, a consulta popular, o *cabildo abierto* (reunião aberta) e a revocatória de mandato (arts. 103 e ss.); a venezuelana que prevê em seu art. 70 a participação cidadã mediante a eleição de cargos públicos, o referendo, a consulta popular, a revocatória de mandato, a iniciativa legislativa, constitucional e constituinte, o *cabildo abierto* e a assembleia de cidadãos e cidadãs; a equatoriana que consagrou a iniciativa popular normativa, a consulta popular e a revocatória do mandato (arts. 103 ao 113); a da Bolívia que estabeleceu o referendo, a iniciativa legislativa cidadã, a revocatória do mandato, a assembleia, o *cabildo* e a consulta prévia, bem como o reconhecimento da democracia comunitária (art. 11); a do Brasil que incluiu o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14); a do Peru que consagrou o referendo, a iniciativa legislativa, a revocatória do mandato, a prestação de contas (art. 31); e a da República Dominicana: iniciativa popular, legislativa e municipal (art. 22, item 3, 97), o referendo e o plebiscito (art. 203). Por outro lado, várias constituições consagram menos mecanismos, mas também os incluem. Trata-se das Constituições da Costa Rica, que prevê o referendo legislativo e constitucional (art. 105) e a iniciativa popular para formulação de leis (art. 123); a da Argentina, que contempla a iniciativa popular para a formulação de leis (art. 39) e a consulta popular (art. 40); a de Honduras, que consagra o referendo e o plebiscito (art. 5), assim como a nicaraguense (art. 2); a do Panamá, que inclui o referendo e a iniciativa popular (art. 239), como a do Paraguai (arts. 121 e 123) e a da Guatemala, que estabelece o procedimento consultivo em decisões políticas de especial transcendência (art. 173) e a iniciativa popular para a reforma constitucional (art. 277). Por sua vez, a do Chile incorpora o plebiscito para reforma constitucional, quando há desacordo entre o Executivo e o Congresso (art. 117); e a do Uruguai consagra o

referendo em âmbito nacional (art. 79) e departamental (art. 304). Finalmente, apenas as Constituições de El Salvador, México e Haiti não incluem nenhum mecanismo de democracia direta, mesmo que no caso de El Salvador e do México consagrem-se em âmbito legal alguns dispositivos de participação, especialmente em âmbito local. Para uma análise desse auge da democracia direta nos processos constitucionais recentes na América Latina, ver Barczak (2001).

30. Uma disposição semelhante, observamos na Constituição do Chile que reconhece a liberdade de todos os cultos que “não se oponham à moral e aos bons costumes...” (art. 19, item 6).

31. A bibliografia sobre os esforços de modernização e fortalecimento do sistema judicial na América Latina é muito ampla. Um debate desses empreendimentos e de suas orientações pode ser encontrado em Uprimny, Garcia e Rodríguez (2006).

32. Para exemplos da precariedade da independência judicial na região, ver Gargarella (1997). O caso argentino, citado pelo autor, é ilustrativo da situação, pois não apenas a dita independência se viu profundamente afetada pelas ditaduras e governos de fato, que os próprios juízes do Supremo Tribunal encarregaram-se, muitas vezes, de legitimar criando a chamada doutrina de fato, mas também nos períodos de governos civis, “sistematicamente modificou-se a composição da maioria dos juízes na corte, de modo a garantir sempre cúpulas judiciais favoráveis às preferências do poder político vigente (isto nos anos 1947, 1955, 1958, 1966, 1973, 1983, 1990)” (GARGARELLA, 1997, p. 972).

33. As Constituições da Colômbia (arts. 254 e 255), Argentina (art. 114), Peru (arts. 150 e ss.), Paraguai (arts. 262 a 265), Equador (arts. 206 e 207) Bolívia (arts. 193 e 195), El Salvador (arts. 193 e 195), Honduras (art. 317), México (art. 100) e República Dominicana (arts. 156 e 179) incorporam conselhos da magistratura, para fortalecer a independência jurídica.

34. A este respeito ver os seguintes artigos constitucionais: Bolívia (art. 212), Brasil (art. 102), Chile (art. 82), Colômbia (art. 246), Costa Rica (art. 10), Equador (arts. 429 e ss.), El Salvador (art. 174), Guatemala (arts. 268 e 272), Honduras (art. 184), México (art. 105, item II), Nicarágua (art. 164, item 4), Panamá (art. 206, item 1), Paraguai (art. 132), Peru (art. 203), República Dominicana (art. 185, item 1), Uruguai (arts. 257 e 258) e Venezuela (art. 335).

35. Para uma visão sistemática das estruturas da justiça constitucional e de proteção dos direitos na América Latina, ver Losing (2002).

36. Como exceção a essa tendência, algumas constituições mantêm à frente do poder executivo central a designação de mandatários em alguns níveis locais, especialmente em âmbito departamental. Tal é o caso das Constituições do Chile, de El Salvador, da Guatemala, de Honduras, do Panamá, da República Dominicana e do Haiti.

37. Trata-se das Constituições de Bolívia (art. 272), Chile (art. 14), Colômbia (arts. 287 e 350), Equador (art. 240), El Salvador (art. 203), Guatemala (art. 224), Haiti (art. 61), Nicarágua (art. 177), Panamá (art. 233), Paraguai (art. 156), Peru (art. 188), República Dominicana (art. 204), Uruguai (art. 298, item 2) e Venezuela (art. 185). Argentina, Brasil e México compartilham a característica de conceder independência financeira às autoridades locais em maior proporção, visto que, como se sabe, são Estados Federativos.

38. As constituições que incluíram expressamente este elemento foram: Bolívia (art. 271), Costa Rica (art. 170), Colômbia (arts. 287, item 3, 298, 311 e ss.), Chile (art. 114), Equador (art. 238), El Salvador (arts. 203 e 207), Guatemala (art. 119, alínea b, e art. 229), Haiti (art. 63), Nicarágua (art. 177), Panamá (arts. 242 e 246), Paraguai (art. 156), Peru (art. 77), República Dominicana (arts. 199 e 204), Uruguai (art. 270, item 2) e Venezuela (art. 167, item 4)

39. As Constituições de Argentina (art. 101), Colômbia (art. 135, item 8), Guatemala (arts. 165, 166 e 167), Haiti (art. 129, item 3), Panamá (art. 161, item 7), Paraguai (art. 194), Peru (arts. 131 e 132), República Dominicana (art. 95), Uruguai (art. 147), Equador (art. 131), Venezuela (arts. 187, item 10, e 240) e Bolívia (art. 158) estabelecem a moção de censura, que permite que o Congresso remova um ministro. Por sua parte, as constituições paraguaia (art. 192), salvadorenha (art. 131, item 37), chilena (art. 52), boliviana (art. 70) e nicaraguense (art. 138) autorizam o parlamento para que requeira relatórios dos ministros, para exercer o controle político respectivo. No caso da Costa Rica, estabelece-se a moção de censura, mas a decisão final é do presidente da República (art. 121, item 24).

40. Sobre a reforma dos bancos centrais na América Latina, a fim de dotá-los de maior autonomia, ver Aguirre, Junguito e Millar (eds.) (1997).

41. A proibição da reeleição presidencial imediata foi incluída na Constituição peruana mediante a Lei 27.365, de 4 de novembro de 2000, dias antes de o ex-presidente Fujimori ser destituído pelo Congresso. Durante o ano de 2001, o Haiti e o Panamá fracassaram nas tentativas de modificar a Constituição para permitir a reeleição presidencial imediata.

42. Os outros países que incluem a reeleição presidencial imediata são a Bolívia (art. 168) e o Equador (art. 144). Já as Constituições de Costa Rica (art. 132, item 1), Chile (art. 25), Peru (art. 112), El Salvador (art. 152), Nicarágua (art. 147), Panamá (art. 173), República Dominicana (art. 124) e Uruguai (art. 152) admitem a reeleição presidencial alternada; enquanto as da Guatemala (art. 187), Honduras (art. 239), México (art. 83) e Paraguai (art. 229) proíbem a reeleição de quem tenha exercido a presidência em qualquer período. Sobre a reeleição presidencial na América Latina ver: Serrafero (2010).

43. O único país onde uma eventual transição a um regime parlamentar foi discutida com vigor foi o Brasil, mas finalmente a fórmula foi recusada em um referendo realizado alguns anos depois de adotada a Constituição.

44. Em um trabalho de 2004, um dos autores deste artigo realizou um balanço da evolução do debate latino-americano sobre o tema, a fim de defender a adoção, na Colômbia, de um regime semiparlamentar, ver Uprimny (2004).

45. As constituições que expressamente fixam restrições substantivas à concessão de poderes legislativos ao presidente são as do Chile (arts. 64 e 65), da Colômbia (art. 150, item 10), do Panamá (art. 159, item 16), do Paraguai (arts. 185 e 186), do Peru (art. 104) e do Uruguai (art. 168, item 17). A da Bolívia, por seu turno, não se refere expressamente a essas restrições, mas indica que vários assuntos devem ser regulamentados mediante lei (mecanismos democráticos, regulamentação de direitos, relações trabalhistas, entre outros). Finalmente, a Constituição da Argentina é a única que proíbe expressamente a delegação de poderes legislativos ao Executivo, ainda que a admita para situações de emergência (arts. 76, 99).

46. A única que não consagra nenhum órgão eleitoral autônomo é a da Argentina. A Constituição da Guatemala, por sua parte, refere-se várias vezes ao Tribunal Superior Eleitoral, mas seu funcionamento não está regulamentado na Constituição. Foi criado em 1983, antes do estabelecimento da Constituição e está regulamentado por uma Lei Eleitoral de 1986.

47. Neste ponto retomamos a caracterização realizada previamente por Uprimny (2011).

48. As exceções claras a esta peculiaridade são as Constituições de El Salvador, Haiti, Honduras e Uruguai, que são as menos densas em direitos e, além disso, não contêm disposições orientadas especificamente à promoção e garantia do pluralismo e da igualdade real.

49. Ver o capítulo de Mauricio García sobre o constitucionalismo aspiracional em Uprimny, García e Rodríguez (2006).

50. Ver, entre outras, as Sentenças C-760 de 2001, C-668 de 2004 e C-816 de 2004.

51. Para uma tipologia semelhante, ver Prieto Sanchís (2003).

52. Sobre essas redes transnacionais e essas “cascatas” de justiça, ver, por exemplo, os trabalhos de Kathryn Sikkinke M. Skkink (.1998).

53. Cabe, no entanto, ressaltar a particularidade do processo constitucional do Brasil que, como o indicam Viciano e Martínez, “teve que enfrentar suas próprias contradições de

relação com o poder constituído, em particular uma Assembleia Nacional constituinte que nasceu condicionada pelas regras ditatoriais concebidas para produzir próximas ao regime e que, pela própria dinâmica constituinte, foi adotando decisões próprias de um fórum democrático” (2012, p. 31). Uma expressão desta contradição é que um terço dos representantes da Assembleia não foi eleito no processo de trânsito constitucional, mas sim haviam sido eleitos em 1982, durante a ditadura.

54. Não nos referimos aos processos constitucionais de El Salvador, Honduras, Uruguai e Haiti, pois, como indicamos neste texto, trata-se de casos que não são representativos das tendências constitucionais da região.

55. Gutiérrez e Acuña referem-se a “legitimidades redundantes” para caracterizar esses processos constituintes (e também incluem neste grupo o caso do Peru). Segundo os autores, esse fenômeno explica-se porque em “cada caso havia em curso um reprojeto institucional em grande escala, provocado pela aceitação ou recusa da ‘grande transformação’ neoliberal” (2012, p. 26), e, além disso, estava em jogo uma aposta pela refundação do país e do Estado que implicava um “desamarre” do governante em face das estruturas prévias. A seu juízo, “na medida em que todos os processos concretos se dirigem massivamente para o desamarre – e nessa medida podem ser consideradas como antiliberais –, compensam sua debilidade liberal com superávits democráticos, que é o que oferecem os referendos” (GUTIÉRREZ; ACUÑA, 2012, p. 26). Distanciamos-nos, parcialmente, dessa visão, pois acreditamos que o duplo amarre popular dessas constituições (pois a assembleia constituinte foi eleita popularmente e o texto foi ratificado por referendo) não representa uma legitimidade “redundante”, mas uma legitimidade democrática “reforçada”.

56. A Constituição do México estabelece que nos “Estados Unidos Mexicanos estão proibidos os latifúndios. Considera-se a pequena propriedade agrícola a que não exceda por indivíduo cem hectares de rega ou com índice de umidade necessário ou seus equivalentes em outros tipos de terras” (art. 27, inc. XV). As Constituições de Nicarágua e Honduras, por sua vez, contêm um capítulo dedicado à reforma agrária. Na primeira, indica-se que a “reforma agrária é instrumento fundamental para realizar uma justa distribuição da terra e o meio estratégico para as transformações revolucionárias, o desenvolvimento nacional e o progresso social de Nicarágua. O Estado garante o desenvolvimento da reforma agrária, para dar cumprimento pleno às reivindicações históricas dos camponeses” (art. 106) De modo mais específico, dispõe que “A reforma agrária abolirá o latifúndio, o arrendamento, a ineficiência na produção e na exploração dos camponeses e promoverá as formas de propriedade compatíveis com os objetivos econômicos e sociais da nação, estabelecidos nesta Constituição” (art. 107). E na Constituição de Honduras se estabelece que a “Reforma Agrária é um processo integral e um instrumento de transformação

da estrutura agrária do país, destinado a substituir o latifúndio e o minifúndio por um sistema de propriedade, posse e exploração da terra que garanta a justiça social no campo e aumente a produção e a produtividade do setor agropecuário. Declara-se de necessidade e utilidade pública a execução da Reforma Agrária” (art. 344).

57. Ver: Constituição da Bolívia, art. 308; Constituição da Venezuela, art. 11. A Constituição equatoriana não consagra um princípio de fomento ou proteção da iniciativa privada, mas reconhece a liberdade de desenvolver atividades econômicas (art. 66, item 15), bem como a liberdade de contratação (art. 66, item 16).

58. A esse respeito ver o art. 307 da Constituição da Venezuela; os arts. 172, 396 e 398 da Constituição da Bolívia; e os arts. 281 e 282 da Constituição do Equador.

59. Em um exercício quantitativo, Raquel Yrigoyen (2009) avalia a porcentagem de disposições constitucionais relativas aos povos indígenas em diversos países latino-americanos, o que mostra a diversidade de situações, desde constituições mais abertas ao “indigenismo”, como a colombiana e a equatoriana, até outras mais resistentes, como a chilena e a uruguaia.

60. Cabe destacar, entretanto, que o autor se refere especificamente às Constituições do Equador e da Bolívia. A ênfase nestes dois casos pode-se explicar pela maior profundidade destas em face do tema ambiental e étnico, que tem claras repercussões na configuração do modelo econômico.

61. Estamos especialmente em dívida com Ramiro Avila por insistir sobre este ponto no Seminário do ILADD. Ver sua reflexão sobre a importância da dimensão anticolonial na originalidade do constitucionalismo do Equador e da Bolívia em: Avila, 2011.

62. Por exemplo, o autor colombiano Ricardo Sanín ironizou a respeito da vocação transformadora do neoconstitucionalismo, ao perguntar “quantas ações de amparo são necessárias para frear o capitalismo?” (2012b, p. 69); ao passo que mostrou entusiasmo pelas constituições de Equador, Bolívia e Venezuela: “Uma constituição que hoje não negue o capitalismo, não merece ser chamada de tal. As Constituições da Venezuela, Bolívia e Equador não são simples variações das tipologias do constitucionalismo moderno ocidental, como o neoliberalismo nos quer fazer ver – e como, de fato, é a Constituição colombiana. Pelo contrário, trata-se de uma nova forma política, jurídica e cultural que implica transformação total do que entendemos por constituição” (2012a). Conforme desenvolvimento acima, esta posição desconhece, no entanto, a dimensão liberal, os elementos neoconstitucionais e o reconhecimento da economia de mercado que também estão presentes nestas constituições.

63. A Constituição da Bolívia estabelece: “I. O Estado reconhece, respeita e protege a iniciativa privada, para que contribua com o desenvolvimento econômico, social e fortaleça a independência econômica do país. II. Garante-se a liberdade econômica e o pleno exercício das atividades empresariais, que serão regulamentadas pela lei” (art. 308). A do Equador: “Reconhece-se e se garantirá às pessoas [...] 15. O direito de desenvolver atividades econômicas, de forma individual ou coletiva, conforme os princípios de solidariedade, responsabilidade social e ambiental. 16. O direito à liberdade de contratação” (art. 66) e “O Estado poderá delegar a participação nos setores estratégicos e serviços públicos a empresas mistas, nas quais tenha maioria acionária. A delegação se sujeitará ao interesse nacional e respeitará os prazos e os limites fixados na lei para cada setor estratégico. O Estado poderá, de forma excepcional, delegar à iniciativa privada e à economia popular e solidária, o exercício destas atividades, nos casos que a lei estabeleça” (art. 316). E a da Venezuela: “Todas as pessoas que possam dedicar-se livremente à atividade econômica de sua preferência, sem mais limitações que as previstas nesta Constituição e as que as leis estabeleçam, por razões de desenvolvimento humano, segurança, saúde pública, proteção do ambiente ou outros de interesse social. O Estado promoverá a iniciativa privada, garantindo a criação e a justa distribuição da riqueza, bem como a produção de bens e serviços que satisfaçam as necessidades da população, a liberdade de trabalho, da economia, comércio, indústria, sem o prejuízo do seu poder de ditar medidas para planejar, racionalizar e regulamentar a economia e impulsionar o desenvolvimento integral do país” (art. 112).

64. Por exemplo, a Constituição da Bolívia estabelece no “Art. 312: I. Toda atividade econômica deve contribuir com o fortalecimento da soberania econômica do país. Não se permitirá a acumulação privada de poder econômico em grau tal que coloque em risco a soberania econômica do Estado. II. Todas as formas de organização econômica têm a obrigação de gerar trabalho digno e contribuir com a redução das desigualdades e com a erradicação da pobreza. III. Todas as formas de organização econômica têm a obrigação de proteger o meio ambiente”.

65. Ver Corte Constitucional, sentença T-769 de 2009, que revoga uma concessão à companhia mineira Muriel Mining por falta de consentimento da população indígena assentada no território. E sobre os debates e dilemas da consulta prévia na Colômbia, ver: Rodríguez-Garavito; Orduz, 2012.

66. Para a descrição e análise desses conflitos, ver: Santos, 2010.

67. Linz e Valenzuela destacavam que quase todas as democracias sérias e estáveis haviam sido parlamentares, talvez com uma única exceção a dos Estados Unidos, que é um regime *sui generis*, cujas particularidades não podem ser generalizadas. Porém, alguns criticaram

que o período de análise escolhido por Linz pode conduzir a “correlações espúrias” (MAINWARING; SHUGART, 2002, p. 27), pois os defensores do parlamentarismo centram seu debate no período que vai de 1950 a 1990, que foi muito marcado pela crise das democracias presidenciais na América Latina, nos anos 1960 e 1970. E por isso, essas análises minimizam os fracassos do parlamentarismo na Europa nos anos 1920 e 1930, em especial na Alemanha, Espanha, Itália e França.

68. Obviamente existem muitas variantes do parlamentarismo, e os sucessos de uns e outros são bastante diferentes. Alguns autores assinalam que, em um sistema multipartidarista, um parlamentarismo que opere com uma simples moção de censura “destrutiva” gera uma profunda instabilidade governamental, enquanto, ao contrário, a exigência de uma moção de censura “construtiva” permite mais estabilidade, mas provoca, de fato, um predomínio do governo que pode ser excessivo. Devido a que Sartori (1992) acerta ao assinalar que se concluirmos que a alternativa ao presidencialismo é um sistema parlamentar, é necessário, todavia, decidir qual forma de parlamentarismo. Por isso nesta discussão é necessário precisar as características concretas do regime parlamentarista ou semiparlamentarista que se proponha. Por limitações de espaço não podemos fazê-lo, mas um de nós desenvolveu de forma mais específica esta discussão. Ver Uprimny, 2004.

69. Esta seção está parcialmente baseada em: Uprimny, 2012 e Uprimny; Sánchez, 2012.

70. Para uma exposição dos avanços nesta matéria, ver: Jaramillo, 2012.

71. A intensidade do uso da ação de tutela e seu alto grau de apropriação por parte da população se observa no aumento considerável das ações de tutela apresentada a cada ano, que passaram de 10.732 em 1992, que foi o primeiro ano de seu uso, a 403.380 em 2010, uma impressionante multiplicação por 38 vezes, em 18 anos.

72. A primeira decisão de proteção dos casais homossexuais foi a extensão do regime patrimonial das uniões heterossexuais aos casais do mesmo sexo (Sentença C-075 de 2007). Depois desta decisão, a Corte reconheceu às pessoas homossexuais o direito de afiliar seus parceiros nos regimes de saúde e pensões (Sentenças C-811/07, T-856/07 e C-336/08); e determinou que um considerável número de disposições que consagravam benefícios para os parceiros heterossexuais, como subsídios de moradia, ou a garantia de não declarar em juízo contra o companheiro permanente, também fossem aplicadas aos casais homossexuais (Sentença C-029/09). Finalmente, a Corte reconheceu que as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo gozam de proteção constitucional e, em conformidade com isto, ordenou ao Congresso que, no mais tardar, em julho de 2013 censurasse a discriminação derivada da previsão do matrimônio civil unicamente para os casais heterossexuais (Sentença C-577/11).

73. Esta foi precisamente a razão pela qual uma das propostas de referendo não chegou finalmente às urnas. Trata-se do referendo pela água, uma iniciativa promovida por organizações cívicas, comunitárias, indígenas e ambientalistas orientada a consagrar a água potável como um direito fundamental. A iniciativa chegou ao Congresso com o respaldo de 2.039.812 assinaturas, porém foi arquivada na Câmara de Representantes. Recentemente, o outro referendo que também conseguiu chegar ao Congresso ao superar o requisito de assinaturas de 5% do censo eleitoral, a saber, foi o referendo para prisão perpétua para pedófilos, também arquivado na Câmara de Representantes.

74. Segundo dados do Departamento Nacional de Estatística, para 2011, o Coeficiente de Gini na Colômbia foi de 54,8 e a porcentagem de pessoas na pobreza foi de 34,1 e em pobreza extrema de 10,6%.

75. Um mecanismo importante foi a celebração de audiências públicas com autoridades responsáveis pelo cumprimento da sentença, com a Defensoria do Povo e a Procuradoria como órgãos encarregados de fazer tal acompanhamento, representantes de organizações civis e internacionais e líderes da população relegada. Trata-se de cenários nos quais o Governo presta contas de seus avanços no cumprimento da sentença e se discute sobre as ações empreendidas e os resultados obtidos, em função das ordens emitidas pela Corte. Uma descrição e análise mais detalhada sobre a participação dos distintos autores no processo de acompanhamento da T-025 pode ser encontrada em: Rodríguez; Rodríguez, 2010.

76. Ver, entre outras, Corte Constitucional, Sentenças: SU-510 de 1998 e SU-383 de 2003.

77. Lei Orgânica dos Conselhos Comunais de 26 de novembro de 2009, art. 1.

78. Segundo Lalander, existem ao menos quatro tipos de Conselhos Comunais: i) os *chavistas*, que são leais e acríticos com relação ao Governo; ii) os *partidários do Governo*, que são, no entanto, críticos e mais autônomos politicamente; iii) os *mistos* que incluem tanto os partidários como os opositores do governo e iv) os que fazem parte da Frente de Conselhos Comunais Excluídos (LALANDER, 2012).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ABREGÚ, M.; COURTIS, C. (comps.). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, CELS, 2004.
- : AGUIRRE, E.; JUNGUITO, R.; MILLAR, G. (eds.). *La Banca Central en América Latina*. Aspectos económicos y jurídicos. Bogotá: Tercer Mundo Editores y Banco de la República, 1997.
- : ARANTES, R. “Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil”. In: SIEDER, R.; SCHJOLDEN, L.; ANGELL, A. (eds.). *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave, 2005.
- : ÁVILA, R. *El neoconstitucionalismo transformador*. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- : _____. “En defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos”. Disponível em: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>>. Acesso em 11 nov. 2016.
- : AYALA, C. “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”. In: SILVA, R. M. (ed.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002.
- : BARCZAK, M. “Representation by consultation? The rise of direct Democracy in Latin America”. *Latin American politics and society*, t. 43, n. 3, 2001.
- : BLANQUER, J-M. “Consolidation démocratique? Pour une approche constitutionnelle”. *Pouvoirs*, n. 98, 2001.
- : BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza y Janés, 1985.
- : CARBONELL, M. (ed.). *Neconstitucionalismos*. Madri: Trotta, 2003.
- : _____.; GARCÍA, L. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- : CEPAL. *América Latina frente al espejo*. Dimensiones objetivas y subjetivas de la inequidad social y el bienestar en la región. Nações Unidas, 2010.
- : _____. *Panorama social de América Latina*. Nações Unidas, 2011.

- : CEPAL. *Panorama social de América Latina*. Nações Unidas, 2012.
- : CHEIJUB, J. A.; ELKINS, Z.; GINSBURG, T. “Latin American presidentialism in comparative and historical perspective”. *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.707-1.739, 2011.
- : ELY, J.H. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1982.
- : FERRAJOLI, L. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- : FRAZER, N. “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era postsocialista”. *New Left Review*, jan.-fev. 2000. Madri: Ediciones Akal.
- : FIGUEIREDO, M. “La evolución político-constitucional de Brasil”. *Estudios constitucionales*, ano 6, n. 2. Centro de Estudios Constitucionales de Chile: Universidad de Talca, 2008, p. 209-246.
- : GARCÍA, M. “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina”. In: RODRÍGUEZ, C. (coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- : _____. “Constitucionalismo aspiracional. Derecho y cambio social en América Latina”. *Análisis Político*, n. 75. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 2012, p. 89-110.
- : GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996.
- : _____. “Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación”. *Desarrollo Económico*, v. 36, n. 144, jan.-mar. de 1997. Buenos Aires.
- : _____. *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI, 2005.
- : _____. “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”. In: RODRÍGUEZ, C. (coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- : GIL LAVEDRA, R. “A quick look at constitutional reforms in Latin America”. *SELA (Seminário na América Latina de Teoria Constitucional e Política) Papers*. Paper 3, disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/3>. Acesso em 11 nov. 2016.

- : GUTIÉRREZ, F.; ACUÑA, F. “Referendos constitucionales: legitimidades redundantes en procesos de cambio constitucional en los países andinos”. *Análisis Político*, n. 75, Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 2012, p. 7-28.
- : GRIJALVA, A. *et al. Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009a.
- : _____. “O estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008”. In: GRIJALVA, A. *et al. Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009b.
- : HABERMAS, J. *Between facts and norms. Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT, 1995.
- : HRW (Human Rights Watch). *Concentración y abuso de poder en la Venezuela de Chávez*. Washington: HRW, 2012.
- : JARAMILLO, J. “Colombia’s 1991 Constitution. A rights revolution”. In: DETLEF, N.; ALMUT, S-V. (eds.). *New constitutionalism in Latin America. Promises and practices*. Londres: Ashgate Publishing Limited, 2012.
- : KEKCK, M.; SIKKINK, K. *Activists beyond borders. Advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University, 1998.
- : KYMLICKA, W.; NORMAN, W. “Un retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía”. *La Política*, n. 3, 1997.
- : LACLAU, E. “El populismo garantiza la democracia”. Disponível em: <<http://www.tlaxcala-int.org/article.asp?reference=8158>>. Acesso em 11 nov. 2016.
- : LALANDER, R. “Neoconstitucionalism in twenty-first century in Venezuela: participatory democracy, deconcentrated decentralization or centralized populism?”. In: NOLTE, D.; ALMUT, S-V., (eds.). *New constitutionalism in Latin America. Promises and practices*. Londres: Ashgate Publishing Limited, 2012.
- : LEMAITRE, J. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2009.
- : LINZ, J.J.; VALENZUELA, A. (eds.). *The failure of presidential democracy*. Baltimore: John Hopkins Press, 1994.

- : LÓPEZ, C. (ed.). *Y refundaron la patria...* De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano. Bogotá: Debate, 2010.
- : LOSING, N. *La jurisdiccionalidad constitucional en América Latina*. Madrid: Dykinson, Konrad Adenauer Stiftung, 2002.
- : LOVERA, A. “Los consejos comunales en Venezuela: ¿Democracia participativa o delegativa?”. *Revista venezolana de economía y ciencias sociales*. v. 14, n. 1, p. 107-124. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-64112008000100008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 11 nov. 2016.
- : LUXEMBURGO, R. “La revolución rusa”. *Obras Escogidas*. Izquierda revolucionaria. Disponível em: <<http://www.marxismo.org/files/Rosa%20Luxemburgo%20-%20Obras%20escogidas.pdf>>, 2008.
- : LYNCH, J. “El pensamiento político de la Ilustración y su influencia en la independencia hispanoamericana”. *Hispanoamérica 1750-1850 Ensayo sobre la sociedad y el Estado*. Bogotá: Universidad Nacional, 1987.
- : MAINWARING, S.; SHUGART, M. S. (eds.). *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires: Paidós, 2002.
- : MANILI, P. L. “La recepción del derecho internacional del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”. In: SILVA, R. M. (ed.). *Derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002.
- : MANN, M. “The autonomous power of the state: its origins, mechanisms, and results”. In: HALL, J. A. (ed.). *States in History*. Oxford: Blackwell, 1986.
- : NEGRETTO, G. “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”. *Journal of Democracy en Español*, v. 1, 2009, p. 38-54.
- : NINO, C. S. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- : _____. “Presidencialismo y reforma constitucional en América Latina”. *Contribuciones*, ano X, n. 3, 1993.
- : _____. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

- : NOGUERA, A. “What do we mean when we talk about ‘critical constitutionalism’? Some reflections on the new Latin American constitutions”. In: DETLEF, N.; ALMUT, S-V. (eds.). *New constitutionalism in Latin America. Promises and practices*. Londres: Ashgate Publishing Limited.
- : NOHLEN, D.; FERNÁNDEZ, M. (eds.). *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998.
- : O’DONNELL, G. “Delegative Democracy”. *Journal of Democracy*, 5, 1994.
- : ORJUELA, L. J. *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*. Bogotá: Uniandes-CESO, 2005.
- : PISARELLO, G. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999”. *Sin Permiso*, n. 6, 2009. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/docs/96201.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2016.
- : PNUD. *Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010. Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad*. New York: PNUD, 2010.
- : SANCHIS, L. P. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madri: Trotta, 2003.
- : RAMÍREZ, S. “Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os Direitos dos Povos Indígenas”. In: GRIJALVA, A. *et al. Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.
- : REQUEJO, F. *Las democracias*. Barcelona: Ariel, 1994.
- : RODRÍGUEZ, C. “Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America”. *89 Texas L. Rev.*, 1669, 2011.
- : RODRÍGUEZ, C.; RODRÍGUEZ, D. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.
- : RODRÍGUEZ, C.; UPRIMNY, R. “Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia”. In: PÉREZ, L. E.; RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; UPRIMNY, R. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: Dejusticia, 2007.

- : RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; ORDUZ, N. *La consulta previa: dilemas y soluciones*. Bogotá: Dejusticia, 2012. Disponível em: <<http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=antidiscriminacion&publicacion=1246>>. Acesso em 11 nov. 2016.
- : SANÍN, R. *Discusiones sobre teoría crítica constitucional*. Disponível em: <http://www.refundacion.com.mx/revista/index.php?option=com_k2&view=item&id=380:discusiones-sobre-teor%C3%ADa-da-cr%C3%ADtica-constitucional-entrevista-a-ricardosan%C3%ADn&Itemid=119>, 2012a. Acesso em 3 abr. 2013.
- : _____. “Por qué no Habermas. Del engaño liberal a la democracia radical”. *Crítica y emancipación*. Revista latinoamericana de ciencias sociales. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO, ano IV, n. 8, 2012b. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2016.
- : SANTOS, B. de S. “La reinención del Estado y el Estado plurinacional”. *OSAL*, Buenos Aires: CLACSO, ano VIII, n. 22, p. 25-46, setembro de 2007.
- : _____. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. La Paz: Plural Editores, 2010.
- : SARTORI, G. “Ni presidencialismo ni parlamentarismo”. In: GODOY, Oscar (ed.). *Cambio de régimen político*. Santiago: Universidad Católica, 1992.
- : SERRAFERO, M. *Reelección presidencial en América Latina: evolución y situación actual*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2010.
- : STOCKS, A. “Too much for too few: problems of indigenous land rights in Latin America”. *Annual Review of Anthropology*, t. 34, 2005.
- : TEITEL, R. “Transitional jurisprudence, the role of law in political transformation”. *Yale Law Journal*, v. 106, n. 7, 1997.
- : UPRIMNY, R. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”. *Precedente – Anuario Jurídico*, 2001. <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/taq/taq02/Taq02-05-09.pdf>>. Acesso em 12 nov. 2016.
- : _____. “The constitutional court and control of presidential extraordinary powers in Colombia”. In: GLOPPEN, S.; GARGARELLA, R.; SKAAR, E. (eds.). *Democratization and the Judiciary*. Londres: Frank Cass, 2003.

- : UPRIMNY, R. “¿Una forma de gobierno parlamentaria en Colombia?”. *Nueva Página*, v. 1, n. 1, 2004.
- : _____. *Bloque de constitucionalidad, garantías procesales y proceso penal*. Bogotá: Escuela Judicial Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- : _____. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. In: RODRÍGUEZ, C. (coord.). *El derecho en América Latina*. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- : _____. “La Constitución de 1991 como constitución transformadora. ¿Un neoconstitucionalismo fuerte y una democracia débil?”. In: STEFAN, J. (ed.). *20 años de la Constitución colombiana: logros, retrocesos y agenda pendiente*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2012.
- : _____.; GARCÍA, M.; RODRÍGUEZ, R. *¿Justicia para todos? Derechos sociales, sistema judicial y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2006.
- : _____.; SÁNCHEZ, M. “Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después”. In: *Les Cahiers des Amériques Latines*, 2012. Publicado em 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://cal.revues.org/2663>>. Acesso em: 2 dez. 2016.
- : VELÁSQUEZ, F; GONZÁLEZ, E. *¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia?* Fundación Corona, 2003. Disponível em <<http://www.dhl.hegoa.ehu.es/recursos/174-ha-pasado-la-partic>>. Acesso em 11 nov. 2016.
- : VICIANO, R.; MARTÍNEZ, R. “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. In: VICIANO, R. (ed.). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- : YRIGOYEN, R. “Aos 20 anos do Convenio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina”. In: GRIJALVA, A. et al. *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.
- : _____. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”. In: RODRÍGUEZ, C. (coord.). *El derecho en América Latina*. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSO MAXIMIZADOR, CONSENSUALISMO POLÍTICO E DESENVOLVIMENTO GRADUAL*

Oscar Vilhena Vieira, Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi,
Luciana de Oliveira Ramos, Rubens Glezer e Paulo André Nassar

INTRODUÇÃO¹

Objetivo

Contra todos os mais céticos prognósticos, o projeto constitucional brasileiro de 1988 tem se mostrado altamente resiliente. Não apenas manteve estável o sistema político, como tem sido capaz de atualizar-se e adaptar-se às necessidades políticas e econômicas sem, com isso, deixar de realizar incrementalmente sua forte ambição normativa.

Este artigo procura contribuir para a compreensão dos processos institucionais de implementação da Constituição de 1988, por meio de uma investigação sobre a relação entre as estruturas políticas, os direitos/promessas de transformação e o sistema de atualização constitucional criados pelo texto de 1988. Trata-se de uma pesquisa de natureza jurídico-institucional que busca detectar em que medida os arranjos jurídicos concebidos pela Constituição têm contribuído para a realização de suas pretensões normativas.

A Constituição de 1988 configurou um regime democrático bastante diferente do modelo ideal delineado pela teoria constitucional. Sua característica mais relevante talvez tenha sido a audácia de abrigar tantos interesses, direitos e metas ambiciosas para a sociedade, que aqui chamamos de “compromisso maximizador”. Fez isso no contexto de um sistema político consensual, com regras inovadoras de execução de promessas e seguindo um novo modelo de “rigidez complacente” que permite a constante atualização de seu projeto sem que ocorra erosão de sua estrutura – o que designamos neste texto como “resiliência constitucional”.

Opções metodológicas

1. Examinamos tão somente a experiência brasileira, sem ignorar que, nos

anos 1980 e 1990, houve processos constituintes comparáveis em outros países da América Latina. A nossa opção limita o alcance explicativo, já que não são realizadas comparações para testar a tese da resiliência. Mas, ao mesmo tempo, a nossa opção oferece material específico e detalhado sobre o caso brasileiro, evitando as comparações superficiais. Este trabalho é uma espécie de relatório nacional que pode ser utilizado como fonte para comparações com outras experiências constituintes na América Latina.

2. No que diz respeito ao conceito de constituição, adotamos uma abordagem normativa, considerando constituição o texto escrito, isto é, levando-a a sério como texto jurídico dotado de supremacia normativa.

É possível objetar que esse conceito de constituição é uma ficção normativa que se distancia daquilo que, em determinado momento, as autoridades estatais aplicam como “constituição” e a população entende como tal. Pode-se também objetar que o conteúdo da constituição escrita não tem relações causais com a constituição “real”, “viva”, “sociológica”, que é a única efetivamente aplicada e merecedora dessa denominação.

Essas objeções, embora corretas, não invalidam a nossa opção. Examinar as formas de aplicação da constituição escrita – que as autoridades estatais devem “guardar” e aplicar corretamente – é um objeto legítimo da teoria da constituição, que também deve se preocupar com o desempenho real dos arranjos constitucionais estabelecidos.

O nosso estudo não parte da tese ingênua de que a constituição equivale à interpretação literal de um texto “canônico”. Procuramos constatar as formas de aplicação desse texto, identificando as consequências políticas e sociais de certas opções da prática constitucional. Mas isso só pode ser feito se soubermos o que estabelece o texto constitucional. Dando um exemplo: seria fácil ironizar como retórico o art. 37 da Constituição de 1988, que impõe a “moralidade” como princípio de atuação da administração pública. Seria igualmente fácil criticar a carga subjetiva e, afinal de contas, a indeterminação da moralidade em sociedades pluralistas. Mas a compreensão da realidade política deve incluir um estudo das formas de atuação que a própria administração pública e o Judiciário consideram correspondentes ou não à moralidade. Deve também examinar as formas de encobrir atividades tidas como contrárias à moralidade e, por fim, verificar de que modo os remédios jurídicos (por exemplo, a ação popular) são utilizados para concretizar e tornar exigível a moralidade administrativa. Para

tais pesquisas, é necessário levar a sério o mandamento constitucional, por mais que nos pareça indefinido ou distorcido na realidade institucional.

3. A terceira opção metodológica diz respeito às grandes dificuldades que enfrenta quem procura avaliar a contribuição de um texto normativo na configuração do sistema social e político. Sabe-se que as ciências sociais não possibilitam, em regra, experimentos que possam ser reproduzidos várias vezes para confirmar suas consequências e entender a importância das variáveis. Nunca saberemos, por exemplo, como seria o mundo sem a Revolução Francesa e tampouco podemos atribuir a certas ações dos revolucionários a configuração social e política da França em oposição à de países onde não houve revoluções de semelhante intensidade e duração. Sempre será possível apresentar exemplos e contraexemplos, limitando-se a discussões a suposições. Do mesmo modo, não pode ser comprovada de maneira rigorosa e com base em esquemas causais a influência do texto normativo de 1988 na formação do atual sistema político consensual e na aplicação de políticas públicas de notável intensidade.

A única forma de comprovação rigorosa seria voltar no tempo, promulgar uma constituição diferente e depois comparar os resultados! A impossibilidade de tal exercício e a falta de dados objetivos para comparação nos coloca diante de uma alternativa: adotar a postura cética da impossibilidade de medir o impacto social e político de uma constituição, negando-se a examinar a relevância política da constituição, ou satisfazer-se com indícios e suposições sobre sua influência. Ao optar pela segunda alternativa, a nossa regra metodológica foi considerar que a implementação – ainda que parcial – de um imperativo constitucional deve ser atribuída, em grande medida, ao próprio texto constitucional, e não apenas à vontade dos agentes que o implementaram (ELSTER, 1995).

Apesar da impossibilidade de comprovação, constituições que derivam de processos constituintes inclusivos dos principais segmentos da sociedade tendem a condicionar o comportamento desses atores, transformando-se, assim, em razões prevalentes na determinação de condutas, independentemente da vontade subjetiva ou da pressão de terceiros (RAZ, 1998). Sendo plausível considerar o texto constitucional causa de sua própria implementação, cabe ao estudioso reconstruir o contexto histórico e normativo, no qual certas partes da constituição adquirem ou não força efetiva.

Dando um exemplo: não se pode saber se o atual sistema político consensual e “resiliente” existiria se a Constituição de 1988 tivesse optado pelo parlamentarismo; tampouco podemos formular a regra de que toda constituição que opte pelo presidencialismo (e pelo federalismo) gera um sistema político consensual.

Isso permite concluir que o consensualismo político no Brasil não é o resultado causal do regime constitucional. Mas isso não impede que se defenda a tese de que a Constituição de 1988 contribuiu, de maneira relevante, para a configuração do atual sistema político consensual. Adotamos aqui um modelo de causalidade fraca ou “indiciária” que permite avanços na teoria da constituição, evitando tanto a abordagem fetichista da constituição como causa e medida da vida social quanto o equívoco oposto do niilismo que considera impossível descrever a relação entre a constituição e a realidade, sendo a constituição compreendida como mero símbolo (ou pretexto), despido de relevância prática.

Autoria dos textos

Este trabalho é uma obra coletiva. Sua concepção e suas teses foram longamente debatidas entre os autores em 2011 e 2012. Da mesma forma, a redação final é resultado das múltiplas críticas, sugestões e propostas de modificação feitas pelos integrantes do grupo. Contudo, cada seção tem seu(s) autor(es) próprio(s), mencionados no início do respectivo texto.

1. TEORIAS EXPLICATIVAS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA²

Nesta seção, mencionaremos algumas teorias explicativas da natureza e da função da Constituição de 1988, indicando seus principais autores e seu conteúdo básico. Essa breve resenha nos permitirá situar a nossa concepção teórica em relação a outras já formuladas no Brasil.

TRÊS OBSERVAÇÕES PRELIMINARES

Primeira: a produção teórica sobre as características da Constituição de 1988 é limitada. A doutrina constitucional tradicional considera que não faz parte de uma análise do direito positivo investigar a natureza material desta Constituição. Afirma-se, assim, que é prematuro qualquer juízo sobre a natureza da Constituição de 1988 (MENDES *et al.*, 2008), evitando referir-se ao tema. Mesmo quando apresentam análises históricas sobre a Constituinte, os constitucionalistas evitam analisar o significado da Constituição de 1988, limitando-se

a atribuir-lhe adjetivos generosos (cidadã, moderna, inovadora) (SILVA, 2008), sem fundamentação lastreada em uma análise institucionalmente detalhada.

Segunda: os constitucionalistas brasileiros com preocupações mais teóricas se dedicaram, nas últimas décadas, sobretudo a amplos debates sobre a natureza e os melhores métodos da interpretação constitucional e sobre o papel e a legitimidade do Poder Judiciário (VIEIRA, 2008). Temos, por exemplo, um amplo debate entre substancialistas e procedimentalistas, que invocam obras de filósofos sobre o significado do ato de interpretar, o papel dos valores na constituição, a postura do intérprete, as formas e os limites da adjudicação e temas semelhantes (STRECK, 1999; CRUZ, 2009), mas se preocupam menos com as características e o sentido político da Constituição de 1988, não analisando concretamente seu significado. Dessa forma, o debate permanece em alto nível de abstração, sendo, do ponto de vista disciplinar, mais uma questão de teoria e filosofia do direito, e até de filosofia política, do que propriamente de teoria da constituição. Em especial uma teoria da constituição capaz de explicar o sentido da Constituição brasileira e as características de nosso constitucionalismo.

Terceira: os autores que se referem às características políticas e sociais da Constituição de 1988 são harmônicos ao afirmar que esta não tem um caráter monolítico e ressaltam a coexistência de elementos diferentes e até contraditórios, por exemplo, de normas progressistas e normas econômica e socialmente conservadoras. Há, assim, um acentuado tom crítico, pois a Constituição em muito se afastaria de um pacto social de natureza liberal, ou mesmo de uma constituição de natureza social.

1.1 A Constituição liberal-patrimonialista

A visão tradicional do constitucionalismo brasileiro foi projetada também na leitura da Constituição de 1988. Desde a entrada em vigor desta última, constitucionalistas politicamente conservadores alegam que, apesar de certas aparências e proclamações, trata-se de uma constituição liberal-patrimonialista, que objetiva preponderantemente garantir os direitos individuais, preservando fortes garantias ao direito de propriedade e procurando limitar a intervenção estatal na economia.

Reconhecem-se os corretivos sociais em forma de proclamação de direitos sociais e a relevante atuação do Estado na economia. Mas se considera que

tais normas, primeiro, possuem caráter de proclamação programática, e não de norma densa e vinculante como ocorre com os direitos individuais e patrimoniais, e, segundo, devem ser interpretadas de maneira restritiva e de forma a não atingir a tutela do patrimônio dos particulares (TORRES, 2009).

1.2 A Constituição dirigente-transformadora

Uma abordagem teórica que se encontra política e teoricamente nos antípodas da anterior é a da Constituição dirigente. Inspirada basicamente na obra de J. J. Canotilho (1982; 2001), essa visão é defendida por Gilberto Bercovici (1999; 2003; 2004; 2006), encontrando razoável difusão (MIRANDA, 2003).

Os elementos básicos da teoria são:

- o constituinte de 1988 impõe ao legislador programas de ação normativamente densos e juridicamente vinculantes, limitando drasticamente sua discricionariedade jurídica e política;
- a Constituição não é econômica e politicamente neutra; impõe um programa de transformação social baseado nos eixos de melhoria das condições de vida das classes populares, diminuição das desigualdades regionais e fortalecimento da economia nacional;
- é crucial o papel do Estado como planejador, propulsor e executor dos programas de desenvolvimento social no sentido indicado. Destinatários principais dos imperativos desenvolvimentistas são o Legislativo e o Executivo.

Essa leitura social-socialista da Constituição de 1988 reconhece que, ao lado das normas que fundamentam o papel constitutivo do Estado na persecução do objetivo nacional-desenvolvimentista-social, há normas constitucionais de inspiração liberal. Registra (e critica) também as mudanças nas prioridades econômicas com reflexos constitucionais e legais durante a presidência de Fernando Henrique Cardoso. Tais modificações são consideradas tentativa de anular o intuito inicial da Constituição dirigente social-socialista e de impor uma direção neoliberal, que favorece os mercados internacionais (a denominada “globalização”) e também diminuindo a proteção das classes populares. Nesse sentido, fala-se de “Constituição dirigente invertida”, sem, contudo, conceder que foi efetivamente abandonado o objetivo inicial dirigente (BERCOVICI; MASSONETO, 2004). Ou seja,

detecta a instauração de uma contradição no seio da Constituição, embora considere que “a ideologia constitucionalmente adotada” nos arts. 1º e 3º devem guiar qualquer aplicação da Constituição de 1988 (BERCOVICI, 1999).

1.3 A Constituição principiológica e judicialista (“neoconstitucionalismo”)

O denominado “neoconstitucionalismo”, que adquiriu muitos adeptos entre os constitucionalistas brasileiros nos últimos anos, realiza uma leitura da Constituição de 1988 com base nas seguintes características:

- importância crucial dos direitos fundamentais, incluindo os sociais, sendo a Constituição de 1988 um texto denso exigente, limitando a liberdade do legislador e impondo sua implementação;
- centralidade dos princípios constitucionais que se multiplicam e adquirem relevância prática e aplicabilidade imediata, desde que sejam adotados métodos de interpretação abertos, evolutivos e desvinculados da textualidade das regras, em particular a ponderação de princípios e/ou valores;
- importância do Poder Judiciário que se torna protagonista da Constituição de 1988, em razão da ampliação e da intensificação do controle de constitucionalidade e da incumbência de implementar o projeto constitucional mediante aplicação de métodos “abertos” de interpretação (BARROSO, 2007).³

Temos aqui uma tentativa de considerar a Constituição texto que realizou uma clara opção de fortalecimento do Judiciário como agente primordial de transformação social, utilizando-se, para tanto, da abertura normativa do texto e do discurso relacionado aos direitos fundamentais.

Observe-se que a maioria dos neoconstitucionalistas oscila entre descrição e prescrição. Apresenta-se esta visão não somente como descrição dos propósitos dos constituintes ou da “essência” da Constituição de 1988, mas também como modelo que deve ser seguido pelos magistrados, sendo um convite ao “ativismo” (pelo menos moderado) como forma de resolver problemas sociais estruturais que os poderes políticos não resolveram durante décadas. Temos aqui uma leitura seletiva da Constituição de 1988 com base no protagonismo transformador do Judiciário.

1.4 A Constituição “chapa-branca”

Carlos Ari Sundfeld (2008) oferece uma leitura das características fundamentais da Constituição de 1988 que chama atenção pela sua originalidade. Destacando a pluralidade de projetos constitucionais, contraditórios entre si, que foram parcialmente incluídos no texto constitucional de 1988, este autor argumenta que o intuito principal da Constituição é tutelar interesses e até mesmo privilégios tradicionalmente reconhecidos aos integrantes e dirigentes do setor público.

A Constituição é fundamentalmente um conjunto normativo “destinado a assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais” (SUNDFELD, 2008). É a visão da Constituição “chapa-branca”, no sentido de uma “Lei Maior da organização administrativa” (SUNDFELD, 2008). Apesar da retórica relacionada aos direitos fundamentais e das normas liberais e sociais, o núcleo duro do texto preserva interesses corporativos do setor público e estabelece formas de distribuição e de apropriação dos recursos públicos entre vários grupos.

Temos aqui uma leitura socialmente pessimista que insiste na continuidade da visão estatal-patrimonialista da Constituição e na centralidade do Poder Executivo em detrimento tanto da promessa democrática como da tutela judicial dos direitos individuais.

1.5 A Constituição simbólica

Uma leitura da Constituição de 1988 na ótica da teoria dos sistemas sustenta o caráter predominantemente simbólico de seu texto (NEVES, 2007). A preocupação com a implementação de seus dispositivos e, em particular, de suas promessas sociais não é central. As controvérsias constitucionais são decididas com base nos códigos da política e conforme conflitos de interesse. Nessa luta, acabam preponderando os interesses dos grupos mais poderosos, dos denominados “sobrecidadãos”, que conseguem utilizar a Constituição e o Estado em geral como instrumento para satisfazer seus interesses.

A juridicidade da Constituição fica comprometida pela corrupção da normatividade jurídica igualitária e impessoal, conforme o binômio legal-ilegal. As controvérsias constitucionais são decididas com base no “código do poder”. Essa incapacidade jurídica da Constituição é vista como típica de países periféricos, nos quais o sistema jurídico não alcança integridade sistêmica, sendo sufocado pela imposição dos padrões decisórios da disputa política.

Segundo essa abordagem, a Constituição de 1988 com suas promessas de mudança social e de tutela de interesses populares tem valor tão somente simbólico. A corrupção do direito pela política fica, de certa forma, compensada pela generosidade das promessas constitucionais que desempenham uma “função hipertroficamente simbólica” (NEVES, 2007). A constitucionalização das demandas populares permanece no nível da simbolicidade, não objetivando a efetivação do texto constitucional.

1.6 A Constituição ubíqua

Daniel Sarmiento (2007), constitucionalista com opiniões próximas ao neo-constitucionalismo, elaborou a abordagem da “ubiquidade constitucional”. Parte-se da constatação de que os conflitos forenses e a doutrina jurídica foram impregnados pelo direito constitucional. A referência a normas e valores constitucionais é um elemento onipresente no direito brasileiro pós-1988. Essa “panconstitucionalização” deve-se ao caráter detalhista da Constituição, que incorporou uma infinidade de valores substanciais, princípios abstratos e normas concretas em seu programa normativo.

A panconstitucionalização é vista com ressalvas em razão de seus riscos. Em primeiro lugar, a vagueza das normas constitucionais e seus conflitos internos ampliam o poder discricionário dos tribunais, que podem facilmente abusar de sua posição, invocando norma constitucional para fundamentar decisões nos mais variados sentidos. Em segundo lugar, as contradições entre valores e princípios colocam em risco a estabilidade e a eficácia constitucional, sendo impossível sua implementação no estado atual do texto.

Diagnostica-se, assim, uma patologia constitucional que deve ser enfrentada com duas estratégias defensivas da supremacia constitucional. Primeiro, mediante reformas que, sem afetar o projeto progressista da Constituição, tornem seu texto menos prolixo e contraditório. Segundo, mediante o rigor argumentativo que permita controlar a ampla margem de liberdade do Poder Judiciário, exigindo uma fundamentação rigorosa das opções interpretativas.

Essa abordagem descreve corretamente muitas características da Constituição de 1988, mas adota a postura do constitucionalismo liberal que desconfia da sinceridade e da aplicabilidade das constituições “analíticas”, entendendo essa última característica como defeito a ser sanado mediante reforma constitucional e disciplinamento dos intérpretes.

Essas teorias descrevem diversos aspectos importantes do projeto constitucional de 1988. A dissintonia entre elas não macula cada uma em particular. Demonstra, no entanto, que são teorias parciais, que descrevem o todo com base em características de um aspecto saliente do texto. A nosso ver, a descrição mais acurada e próxima à que pretendemos apresentar é a da Constituição ubíqua. A ubiquidade, no entanto, não deve ser vista como uma característica negativa. Ao contrário. A Constituição de 1988 é resultado de um processo político fragmentário em que foram exacerbados os interesses abrigados no texto. Trata-se de um compromisso político no qual foi maximizada a proteção aos interesses dos mais diversos setores presentes no processo constituinte. Analisaremos em seguida alguns aspectos da experiência constitucional brasileira apresentando nossa proposta teórica.

2. DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR AO CONSTITUCIONALISMO RESILIENTE⁴

A Constituição de 1988 é ideológica e retoricamente carregada. Isso não significa, no entanto, que tenha assumido uma clara diretriz política ou mesmo econômica. A fragmentação político-partidária, a multiplicidade de grupos de interesses presentes no processo constituinte e a intensa participação da sociedade geraram uma constituição que abrigou interesses distintos ou mesmo contrapostos. Sua marca distintiva, portanto, não é o caráter desenvolvimentista, liberal, “chapa-branca”, neoconstitucional, simbólico ou ubíquo, mas sim o compromisso maximizador, que garantiu que todos os setores que foram capazes de se articular no processo constituinte tivessem satisfeita ao menos parcela de seus interesses. A Constituição entrincheirou direitos, protegeu interesses, distribuiu poderes, realizou promessas, delineou objetivos de mudança social e determinou políticas públicas.

Evidentemente, tais direitos e interesses não são harmônicos. Mas o compromisso maximizador permitiu a aprovação do documento por uma ampla maioria de parlamentares. A Constituição de 1988 não cristalizou, assim, a vontade de um restrito e homogêneo grupo sociopolítico, como tipicamente ocorreu com a Constituição dos EUA de 1787 ou, no Brasil, com as Constituições do século XIX. Certamente, nessas ocasiões houve divergências políticas fortes e grupos minoritários que protestaram contra as opções (autoritárias, federalistas, escravocratas etc.). Mas o resultado final expressou determinada hegemonia política.

Ao contrário, a Constituição de 1988 foi produto de um intenso processo de conciliação entre as forças políticas que moldaram a transição brasileira (sem ruptura) e as arraigadas estruturas de poder. Por conciliação não se deve compreender, no entanto, um processo de negociação entre forças razoavelmente igualitárias na sociedade para firmar um pacto simétrico de mútuo interesse. Trata-se de uma estratégia de estabilização de certa ordem assimétrica, pela qual as novas instituições buscam simultaneamente preservar o poder e os interesses dos mais poderosos e ceder “benevolentemente” a demandas sociais, em troca de lealdade ao novo pacto político.

A Constituição de 1988 não foi um pacto social entre iguais, mas também não pode ser confundida com uma simples carta de fachada ou simbólica, voltada a encobrir um rústico modelo de dominação. Temos um *pacto assimétrico*. Isso gerou um documento igualmente assimétrico no reconhecimento de direitos, na proteção de interesses e mesmo na preservação de esferas de poder. A constituição estabelece direitos que devem ser respeitados, esferas de participação a serem preenchidas e metas que devem ser alcançadas. Prevê também mecanismos orçamentários que buscam assegurar a eficácia de algumas de suas promessas. Essas previsões que fazem a Constituição contraditória permitem que vários setores da sociedade exerçam pressão, juridicamente justificada, para concretizá-las.

Em resumo: *a Constituição brasileira procurou satisfazer os diversos setores organizados da sociedade, ainda que de forma não simétrica, transferindo para o sistema político e para o Judiciário a responsabilidade de sua concretização ao longo do tempo.*

Há uma longa tradição de crítica a constituições extensas, detalhistas e ambiciosas em seus projetos de transformação, como a brasileira. A crítica considera medida ideal as constituições liberais, em especial a concisa Constituição norte-americana de 1787. O ceticismo em relação às constituições detalhistas e dirigentes advém de múltiplos planos, partindo da hipótese central de que existiria uma correlação causal entre conteúdo minimalista do texto e sua efetividade, sua aplicabilidade e sua longevidade:

- Constituições ambiciosas e transformadoras teriam mais dificuldade de realizar seus projetos normativos, o que levaria necessariamente à perda de autoridade e legitimidade ao longo do tempo.

- O fato de serem detalhistas certamente geraria problemas de antinomias, o que dificultaria sua aplicação.
- Textos extensos e detalhistas ficariam obsoletos mais rapidamente, gerando a necessidade de constante reforma ou mesmo de adoção de novos textos constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988 foi, desde sua adoção, criticada com base nesse *triplo* diagnóstico negativo.

Em primeiro lugar, considerou-se que sua ambição normativa levaria a uma enorme frustração social, na medida em que o Estado não fosse capaz de cumprir com as promessas constitucionais (*crítica da ineficácia material*).

Em segundo lugar, alertava-se para os problemas decorrentes da amplitude e do detalhamento de seu conteúdo, que a tornaria rapidamente obsoleta e, portanto, condenada a um falecimento precoce (*crítica do engessamento*).

Em terceiro lugar, a crítica apontava o seu caráter ora contraditório – que levaria a constantes crises e conflitos interpretativos –, ora incompleto – que demandaria constante complementação legiferante. Em face do baixo grau de confiança no legislador, isso certamente contribuiria para tornar a Constituição inoperável (*crítica da ausência de fio condutor*).

O projeto normativo da Constituição de 1988 não naufragou nem pela sua ineficácia material, nem pela obsolescência ou pela paralisia decisória. Mas isso não significa que a Constituição não tenha tido dificuldades de realizar seu projeto normativo.

Nossa hipótese é que o projeto normativo da Constituição de 1988 tem alcançado um alto grau de resiliência, vem sendo implementado incrementalmente, e que esse processo de efetivação se deve a uma multiplicidade de fatores, entre os quais inúmeros elementos intrínsecos ao modelo constitucional adotado. Logo, o desenho institucional praticado pela Constituição tem contribuído para que a vontade normativa adquira efetividade. Destacamos a seguir elementos desse desenho institucional:

1. Delegação normativa. O texto constitucional inclui um amplo conjunto de princípios muito abstratos que exigem complementação legislativa. Incompletude e abertura do texto impõem, por um lado, uma constante atuação do legislador para mediar a tensão entre princípios e complementar a vontade constitucional; por outro lado, também reclamam uma ampla atuação do

judiciário, solucionando conflitos não resolvidos no decorrer do processo constituinte e alimentados pela luta de diversos setores da sociedade por implementar as ambiciosas e muitas vezes ambíguas metas constitucionais.

2. *Mecanismos de autoexecução.* Apesar de a constituição sistematicamente transferir a responsabilidade por sua complementação, sua implementação e sua garantia aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente, ela mesma inclui uma longa série de programas normativos densos, concretos, inclusive com cronogramas e porcentagens orçamentárias vinculantes. Assim sendo, ao lado das proclamações gerais e dos princípios abstratos, temos regras densas que exigem e permitem sua aplicação imediata. Esse fenômeno de convivência do abstrato e genérico com o específico e vinculante – em síntese, a convivência de princípios com regras – permitiu que vários programas constitucionais fossem implementados pelo Executivo e/ou pelo Judiciário de maneira célere e eficiente. É evidente que essa característica aumenta a força normativa da Constituição e permite que certos grupos sejam diretamente beneficiados pelas previsões constitucionais, sem que seja necessária longa e incerta campanha perante o Legislativo para atendimento de seus pleitos.

3. *Consensualismo do sistema político.* A Constituição criou e a prática consolidou um sistema político altamente consensual que, ao dar voz aos diversos segmentos da sociedade brasileira (inclusive no âmbito federativo), favoreceu, além de alto grau de lealdade constitucional, também um razoável padrão de eficiência decisória, evitando paralisia política que muitos temiam. O desenho constitucional, no entanto, tem sido capaz de evitar a predominância de apenas um grupo político sobre os demais, no que poderia ter gerado um desvio autoritário. As mudanças políticas se realizaram sob um pano de fundo de estabilidade política avalizada pela constituição, fortalecendo a demanda, pelos mais diversos setores da sociedade, de manutenção do sistema constitucional. Isso não significou, no entanto, que o sistema político tenha sido incapaz de agir de forma efetiva para implementar mudanças institucionais em face de novos contextos internacionais, macroeconômicos, ou mesmo de pressões políticas domésticas. A intensidade com que o texto constitucional foi reformado mostra que o sistema político não se deixou paralisar.

4. *Judiciário “moderador”.* O Poder Judiciário, depositário de enormes responsabilidades na implementação do texto constitucional, também não se

deixou paralisar. Assumiu o papel de *calibração* do sistema constitucional sem contrariar opções políticas fundamentais de coalizões políticas consistentes. Vem atuando como guardião dos elementos fundamentais do sistema constitucional e dos mecanismos habilitadores para a tomada de decisão democrática. O exercício dessa função não o colocou em posição contramajoritária, característica de cortes constitucionais que zelam por constituições liberais. Responsável por preservar uma constituição dirigente, o Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, é uma instância legitimadora das mudanças induzidas pelo legislador e pelo executivo na implementação da constituição. Isso não significa, no entanto, que em circunstâncias específicas tenha abdicado de exercer uma função de legislador negativo.

5. Rigidez complacente. O texto constitucional brasileiro, embora extenso e ambicioso, é razoavelmente flexível, permitindo que coalizões minimamente consistentes alterem normas constitucionais sem muitas dificuldades. A flexibilidade textual encontra limite no sistema de proteção de princípios fundamentais da Constituição. De acordo como o art. 60, § 4º, não podem ser discutidas propostas “tendentes a abolir” a forma federativa, a democracia, a separação de poderes e os direitos e as garantias fundamentais. A facilidade em reformar dispositivos específicos do texto, assegurando a preservação dos princípios basilares da arquitetura constitucional, permite a atualização do texto, sem que este perca sua identidade. Comparando a versão do texto constitucional de 1988 e a de 2012, podemos perceber que a essência e a estrutura permanecem intactas, ainda que amplas reformas tenham sido levadas a cabo.

Resumindo essas cinco características: ao adotar uma estratégia de incorporação de diversos interesses sociais, a Constituição alcançou um grau de lealdade constitucional desconhecido na história brasileira. Sua incompletude, por sua vez, convoca os atores políticos para uma interminável disputa sobre o sentido da Constituição, reforçando a sua centralidade não como norma acabada, mas como eixo ou agenda sob a qual a política se realiza. Ao reproduzir a lógica de maximização de interesses na institucionalização das regras que organizam o jogo político, a Constituição mais uma vez concedeu espaço para os diversos setores da sociedade, ampliando a lealdade constitucional no contexto da disputa política. A resiliência textual, associada ao consensualismo político, por sua vez, tem contribuído para que o processo político possa constantemente atualizar um texto extensamente ambicioso, mas

razoavelmente fácil de ser reformado. Essa resiliência textual, no entanto, não autorizou que elementos centrais de nossa arquitetura constitucional fossem alterados. Por fim, o audacioso projeto constitucional convocou o Judiciário para servir como elemento de calibração da política, passando a Suprema Corte a exercer papel quase moderador na articulação e na mediação da atuação dos demais poderes.

Isso se deve ao fato de que a Constituição detalhista incorpora interesses de muitos grupos heterogêneos e promove a lealdade de todos ao texto. Permite que aspectos pontuais sejam negociados, sem que isso coloque em risco o todo. Os mecanismos de atualização e reforma da Constituição adotados pelo texto de 1988 favoreceram um alto grau de *resiliência fática* do pacto constitucional brasileiro.

Tomando livremente emprestado um conceito da física, entenda-se por resiliência a propriedade que possuem alguns materiais de acumular energia, quando exigidos ou submetidos a estresse, sem que ocorra ruptura ou modificação permanente. Perduram no tempo, retornando ao ponto de equilíbrio. Não são rígidos no sentido da intolerância a certas pressões. Tampouco são flexíveis no sentido de sua modificação radical em razão de certas pressões. “Acomodam” estímulos e pressões, preservando sua função e sua identidade em diferentes ambientes.

Do ponto de vista da história política, a detalhista e ambiciosa Constituição brasileira se mostrou capaz de assimilar mudanças de rumo determinadas por consensos políticos consistentes, sem perder sua identidade. Viabiliza a sua reforma para a adaptação a novas situações, mas impede que elementos básicos do pacto constitucional sejam abandonados. Essa resiliência textual contribuiu para garantir a estabilidade do pacto político conciliador e a paulatina realização das promessas constitucionais de longo prazo.

3. CONSTRUÇÃO DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR: ANÁLISE DO PROCESSO CONSTITUINTE E DAS CARACTERÍSTICAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988⁵

3.1 A Assembleia Nacional Constituinte

Desde sua promulgação, em 5 de outubro de 1988, até outubro de 2012, quando realizamos este levantamento, a Constituição brasileira recebeu 70

emendas em seu texto. São aproximadamente três reformas a cada um dos 24 anos de vigência da Carta. O que explicaria a considerável quantidade de alterações na redação do instrumento normativo de mais alta posição hierárquica do ordenamento jurídico brasileiro? A análise do processo constituinte pode trazer alguma luz sobre a questão.

Nossa hipótese para explicar essa continuada reforma constitucional seria que a constituinte assumiu um compromisso maximizador e foi incapaz de redigir um texto homogêneo e em um único sentido. Resultado disso é uma Constituição com dispositivos contraditórios por todo o texto, assim redigida para atender aos interesses, muitas vezes antagônicos, dos diferentes grupos representados na Assembleia Nacional Constituinte (ANC). A Constituição de 1988 não apenas trata da estruturação procedimental do Estado e das limitações à atuação do Estado sobre o indivíduo, mas também dispõe sobre uma série de matérias substantivas referentes ao modo de efetivação de direitos. Na medida em que diversas políticas públicas estão previamente definidas na Constituição, é preciso reformá-la quando determinado grupo chega ao poder, para adequá-la a seu projeto de governo.

A Assembleia Nacional Constituinte foi oficialmente instalada em 1º de fevereiro de 1987. A definição de seus contornos, entretanto, é anterior a 1987. Já no início da década de 1970, a sociedade civil organizada acenava seus anseios por mudanças no sistema político-eleitoral vigente, o que se nota pelo lançamento da “Carta de Recife”, no encontro nacional do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), em 1971. O momento constituinte ganha robustez com o movimento das Diretas Já, que tinha por objetivo reinstaurar as eleições diretas para Presidência da República do Brasil. O envolvimento da sociedade civil organizada também se fez notar em manifestos de outras classes – por exemplo, as “Exigências cristãs para uma ordem política”, publicadas pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) em 1971, e a “Declaração de Manaus”, aprovada na conferência nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 1980 (SARMENTO, 2010).

Ao lado dessas manifestações classistas, o movimento pelas eleições diretas teve amplo apoio popular, mas acabou com a rejeição da emenda Dante de Oliveira (Proposta de Emenda Constitucional n. 5/83), em 25 de abril de 1984, quando faltaram apenas 22 votos para atingir os 320 necessários para sua

aprovação na Câmara dos Deputados. Apesar de rejeitada, a expressiva votação pelas diretas deixava evidente que o futuro político dos grupos associados ao regime militar não viria sem dificuldades.

Com a rejeição da emenda constitucional, as eleições de 1985 seriam indiretas. A essa altura, vários quadros do Partido Democrático Social (PDS) deixavam o partido do regime militar para ingressar no Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). O PMDB lançaria a candidatura de Tancredo Neves, tendo como candidato à Vice-Presidência um ex-presidente do PDS, José Sarney, formando assim a “Aliança Democrática”, que viabilizou a chegada do PMDB à Presidência da República depois de mais de 20 anos do regime militar. A eleição da chapa encabeçada por Tancredo e Sarney não representou, contudo, uma “vitória categórica da esquerda, uma vez que o triunfo, além de formar uma aliança com a ‘Frente Liberal’, contou com um largo apoio de parlamentares do PDS” (FREITAS; MOURA; MEDEIROS, 2009, p. 106; SARMENTO, 2010).

Tancredo Neves adoeceu gravemente às vésperas da posse e o vice-presidente eleito, José Sarney, foi empossado no cargo em 15 de março de 1985. Diante da necessidade de promulgação de uma nova Constituição, Sarney instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais⁶ e nomeou, como seu presidente, o jurista Afonso Arinos de Melo Franco. A “Comissão Afonso Arinos”, como ficou conhecida, tinha como objetivo o desenvolvimento de pesquisas e estudos que servissem de subsídios aos trabalhos da futura Assembleia Nacional Constituinte (ANC). A formação dessa comissão, entretanto, não agradou aos membros do Congresso, que queriam autonomia para os trabalhos constituintes. O trabalho produzido pela comissão parece não ter agradado nem sequer à Presidência da República, talvez pela opção pelo parlamentarismo, de modo que o anteprojeto não foi enviado ao Congresso e foi arquivado pelo Ministério da Justiça (SARMENTO, 2010).

Consequência desse descontentamento é que a metodologia do *constitution-making* adotada pela ANC não levou em consideração nenhum texto preliminar, sendo todo seu texto resultado dos trabalhos da constituinte.

Aprovou-se, então, a Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, que determinava que o novo Congresso, a ser eleito em novembro de 1986, funcionasse como Assembleia Nacional Constituinte. Esse forma-

to foi preferido à proposta de instalação de uma ANC exclusiva, formada por parlamentares incumbidos exclusivamente de redigir a nova Constituição. Embora de maneira residual, o Congresso também votava questões “ordinárias” ou infraconstitucionais, como o orçamento anual. Subjacente à proposta de uma constituinte exclusiva estava o receio de uma definição prévia dos resultados do processo constituinte, enviesando o texto constitucional para assuntos sobre a conformação política do Estado – por exemplo, quanto a uma opção entre o modelo federativo e o bicameralismo.

Recém-saído de um longo período de repressão, o Brasil vivia um momento de grande pluralidade ideológica e de variadas matizes políticas. Uma evidência dessa efervescência democrática é a quantidade de candidatos que disputaram a Presidência da República nas eleições de 1989: 21, no total. A composição da Assembleia Nacional Constituinte não era menos heterogênea. Dos 30 partidos que disputaram as eleições de 1986, 12 conseguiram assento na ANC, posicionados nos mais variados pontos do espectro político, incluindo o majoritário PMDB, que, apesar de obter 306 das 559 cadeiras da Assembleia, possuía em seus quadros tendências que iam da centro-direita à esquerda (FLEISCHER, 1988; SARMENTO, 2010). Cumpre ressaltar que, dentre esses 559 parlamentares, estavam 23 senadores biônicos, eleitos indiretamente em 1982, cujo mandato iria até 1990.

Com essa composição heterogênea, a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada. Já na segunda sessão, o deputado Plínio de Arruda Sampaio, então do Partido dos Trabalhadores (PT), apresentou uma questão de ordem que discutia a legitimidade da participação dos 23 senadores biônicos na Assembleia, sob o argumento de que eles não haviam recebido delegação expressa do povo para elaborar uma nova constituinte. O presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Moreira Alves, que presidia temporariamente a ANC, decidiu a questão em favor da permanência daqueles senadores na Assembleia (SARMENTO, 2010).

A engenharia institucional desenhada no regimento interno da ANC optou por um modelo descentralizado para os trabalhos da constituinte, informada pelo espírito de liberalização política que pairava sobre o país. O organograma da ANC tinha em sua base 24 subcomissões temáticas – que, reunidas em grupos de três, formavam oito comissões temáticas, cujos trabalhos seriam organizados por uma Comissão de Sistematização (CS) –,

além de dois turnos de votações nominais pelo plenário da Assembleia, para ao final passar pela Comissão de Redação. Cada subcomissão continha 21 membros, e cada comissão, 63 parlamentares.

Nesse cenário, a esquerda peemedebista, grupo mais coeso e organizado ao início dos trabalhos, liderada por Mário Covas, assumiu o controle do processo constituinte desde a redação do regimento interno da ANC até a elaboração do anteprojeto de Constituição, pela Comissão de Sistematização, indicando seus quadros aos principais cargos das subcomissões e das comissões temáticas (FREITAS; MOURA; MEDEIROS, 2009).

Pelo regimento interno, as decisões nas subcomissões temáticas eram tomadas por maioria simples, “o que permitia que um item entrasse no anteprojeto da subcomissão com apenas seis votos favoráveis (maioria simples do quórum necessário para a abertura da sessão, que é de onze parlamentares), em um universo de 559 constituintes” (FREITAS; MOURA; MEDEIROS, 2009, p. 112)

Terminados os trabalhos das subcomissões temáticas, cabia às oito comissões temáticas elaborar relatórios parciais. A Comissão de Sistematização era responsável por organizar e condensar os relatórios das comissões, sem poder introduzir conteúdo novo, e propor um anteprojeto de Constituição, a ser submetido ao plenário da ANC para recebimento de emendas. Após nova passagem pela CS, o anteprojeto seria submetido à votação nominal do plenário. Dada essa sistemática, a CS era o estágio mais importante da Constituinte. Ali estavam representados todos os partidos, em proporção semelhante à composição da Assembleia, o que conferia larga maioria ao PMDB e ao Partido da Frente Liberal (PFL). A presidência da CS coube a Afonso Arinos, do PFL, e a relatoria, a Bernardo Cabral, do PMDB.

De acordo com Freitas, Moura e Medeiros, a lógica descentralizada da organização dos trabalhos “permitiu a inserção de pontos no projeto de constituição que não refletiam a preferência majoritária das forças políticas da ANC” (2009, p. 111). Esse fato teria contribuído de forma essencial para a ruptura institucional levada a cabo pelo grupo suprapartidário denominado “Centrão”.

As regras do jogo estabelecidas pelo regimento interno viabilizaram a seguinte matemática: uma vez inserido no relatório de uma subcomissão, evento que exigia a aprovação por no mínimo seis dos seus membros, o dispositivo poderia figurar no anteprojeto da Comissão de Sistematização, de forma que, para

retirá-lo do texto, se demandava maioria de 280 constituintes no plenário da casa (FREITAS; MOURA; MEDEIROS, 2009). Nesse desenho, o ônus de mobilização e organização da maioria era de quem pretendesse excluir o dispositivo do texto, e não de quem quisesse fazê-lo constar na Carta.

Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte correram dentro do planejado, até a apresentação do anteprojeto de Constituição, de 501 artigos, pela Comissão de Sistematização, em 24 de novembro de 1987. Em declarada reação ao texto apresentado ao plenário, o Centrão, o grupo conservador suprapartidário, mostrou sua força e sua dimensão na Constituinte ao reunir os votos necessários para alterar o Regimento Interno da ANC, o que permitiu uma virada na orientação ideológica que o texto tomava até o momento.

Faltava uma convergência significativa de interesses entre os membros do Centrão para lhes dar um mínimo de coesão, que só se materializou efetivamente quando o Centrão se alçou à condição de garantidor do presidencialismo e do mandato de cinco anos ao presidente da República, José Sarney (FREITAS; MOURA; MEDEIROS, 2009).

O desenho aparentemente descentralizado da Constituinte possibilitou essa anomalia: a apresentação de um projeto de Constituição que não representava os interesses da maioria dos constituintes. Fala-se em descentralização aparente porque, após a dispersão dos trabalhos nas 24 subcomissões e nas oito comissões temáticas, a atividade se concentrou na Comissão de Sistematização, com a elaboração do anteprojeto de Constituição que ficou conhecido como “Projeto A”, de 501 artigos. Depois de receber emendas do Plenário, o relator da CS, Bernardo Cabral, apresentou um substitutivo, o “Cabral I”, de 305 artigos. Após novas emendas, o relator produziu um novo substitutivo – o que não era previsto no regimento –, o “Cabral II”, com 264 artigos e com o objetivo de conciliar as demandas de conservadores e progressistas (GOMES, 2006). Apesar da tentativa de conciliação pelo relator, no momento da apreciação das três propostas, a Comissão de Sistematização, sob o comando dos mais progressistas, escolheram o “Projeto A”, o que contrariava os interesses dos grupos à direita e, especialmente, do presidente Sarney.

Naquela situação,

uma minoria mais organizada tentava impor seu projeto a uma maioria, a princípio, desorganizada. O projeto da esquerda do

PMDB só se inviabilizou, em última instância, porque forçou o parlamentarismo e, particularmente, os quatro anos para o Sarney, quando não havia ambiente político para isso (FREITAS; MOURA; MEDEIROS, 2009, p. 119).

A reforma do regimento encabeçada pelo Centrão possibilitou que a maioria absoluta apresentasse substitutivos e emendas a serem apreciadas pelo relator da CS em plenário, e criou também o Destaque para Votação em Separado (DVS): antes da votação do texto, ressalvam-se os destaques a serem votados em plenário. Os dispositivos destacados saíam do texto antes mesmo de sua votação. Para que o texto fosse mantido, era preciso que fosse aprovado por maioria absoluta. Assim, se o texto recebesse destaque, os que defendiam a redação original tinham de se mobilizar para conseguir a maioria absoluta no Plenário. O Centrão, com essa modificação, inverteu os custos de manutenção das matérias constitucionais.

A emergência do Centrão no momento decisivo do processo constituinte não significou, todavia, uma derrota irreversível para a esquerda e a centro-esquerda, já que nenhum dos grupos tinha a maioria necessária para impor sua agenda sobre os adversários. Em vez disso, o episódio da mudança do regimento mostrou que, para avançar no processo de elaboração da Constituição, fazia-se necessária uma composição entre os dois grupos. Desta feita, a ordem constitucional brasileira estabelecida em 1988 só se viabilizou pelo compromisso firmado entre os grupos de interesses antagonistas representados na ANC.

Essa necessidade de composição durante a ANC reforça nossa tese do compromisso maximizador na constituinte. Diante da inexistência de um grupo majoritário e coeso o suficiente para determinar a direção do texto constitucional, inseriram-se, ao longo do texto constitucional, diversos dispositivos contraditórios que, por isso, atendiam interesses de grupos ideologicamente opostos. Por essa razão, esses dispositivos precisavam ser modificados com a chegada de um desses grupos à chefia do Poder Executivo Federal.

O consórcio firmado entre parlamentares de ideais antagônicos funcionava como instância decisória efetiva na ANC, uma vez que da equivalência de forças entre adversários resultava a paralisia da elaboração constitucional, o

que prejudicava, politicamente, todos os atores constituintes, especialmente os grupamentos mais expressivos da centro-esquerda e da centro-direita, que eram majoritários na Assembleia. Na análise de Lopes, a centro-direita,

em sua integralidade, suplantava todos os demais membros da Assembleia, mas [como] não possuía unidade suficiente quanto ao grau de realização de seus objetivos políticos, o consórcio decisório com seus principais adversários se impôs a *ambos* (LOPES, 2009, p. 97).

3.2 A conjuntura econômica pós-constituente e os limites do compromisso maximizador

A Constituição inseriu o direito a provisões de necessidades sociais básicas, como educação, saúde e assistência social. A forma de implementação desses direitos foi uma das grandes pautas do debate político do período subsequente à Constituinte. Ao mesmo tempo que a Constituição garantiu diversos direitos, o Brasil padecia de uma epidemia inflacionária que retirava do Estado qualquer possibilidade de honrar os compromissos assumidos pelo constituinte (FISHLOW, 2011).

A capacidade de honrar os compromissos assumidos na Constituição de 1988 está necessariamente ligada à capacidade financeira do Estado; e o país vivia uma prolongada crise econômica, resultado do crescimento do aparato estatal nas décadas anteriores, da dívida externa e da inflação desenfreada. A batalha contra a inflação, todavia, já era travada antes da Constituição de 1988. Diversos planos econômicos foram desenvolvidos para afugentar o fantasma da inflação, como veremos brevemente a seguir.

Em junho de 1987, em meio a uma inflação de 19,71% ao mês, o governo lançava o Plano Bresser. Promoveu-se novo congelamento de preços e salários. A inflação caiu a 9,21% no mês seguinte ao anúncio do plano e chegou a 4,87% em agosto, mas logo recuperou força e chegou a 18,89% em janeiro de 1988, quando o então ministro da Fazenda, Bresser Pereira, pediu demissão do cargo (FISHLOW, 2011).

A última tentativa do governo Sarney de vencer a inflação foi feita com o Plano Verão, de janeiro de 1989. As medidas adotadas eram conhecidas: uma

nova moeda, o cruzado novo, um novo congelamento de preços, salários e câmbio e o renovado compromisso de reduzir o gasto público. O antigo remédio não serviu para curar a velha doença. Sarney entregou a Presidência da República a Fernando Collor com a taxa de inflação em 82,39% ao mês.

Quando Collor assumiu a presidência, o cenário macroeconômico era catastrófico: os índices inflacionários subiam assustadoramente, passando de 80% no mês que antecedeu a posse. Em 1990, a produção brasileira registrou o maior declínio desde 1908, marcando queda de 4,4% em relação ao ano anterior (FISHLOW, 2011).

Com a presidência de Collor, iniciou-se o processo de privatização e abertura da economia ao capital estrangeiro. Ao mesmo tempo, a sociedade vivia a expectativa da implementação das garantias anunciadas na Constituição. A efetivação desses direitos demandava instrumentalização jurídica e gastos públicos expandidos em educação, saúde, previdência social e outros setores. Tinha-se um evidente antagonismo: a implementação dos direitos sociais demandava mais gastos, e a capacidade de gastar do Estado se via cada vez mais comprometida pela inflação. “Era impossível manter esses dois conjuntos de mudanças ao mesmo tempo” (FISHLOW, 2011, p. 16).

No dia seguinte à posse do novo presidente foi anunciado o Plano Collor. Tal como nos planos anteriores, tivemos a introdução de uma nova moeda, o cruzeiro, e o congelamento de preços e salários. De novidade, tivemos a livre flutuação do câmbio; o confisco da poupança popular, na forma de empréstimo compulsório ao governo, no montante de 80% do total de depósitos e ativos financeiros, a serem pagos depois de 18 meses. Além disso, para aumentar a arrecadação, foi anunciada reforma fiscal que incluía o cancelamento de parte da dívida interna e a criação de um tributo sobre operações financeiras (FISHLOW, 2011; CARVALHO, 2006).

O alto índice de rejeição ao presidente pelas medidas econômicas pouco populares, aliado ao escândalo de corrupção envolvendo seu nome e o do tesoureiro de sua campanha, Paulo César Farias, culminaram no seu *impeachment* em dezembro de 1992.

Com o afastamento de Collor, o vice, Itamar Franco, assumiu interinamente a Presidência da República em outubro de 1992 e foi empossado definitivamente no cargo em 29 de dezembro de 1992. Acabar com a inflação continuava sendo um dos grandes desafios de seu mandato. Depois da demissão em

série de vários ministros da Fazenda, Itamar nomeou Fernando Henrique Cardoso para a pasta em maio de 1993.

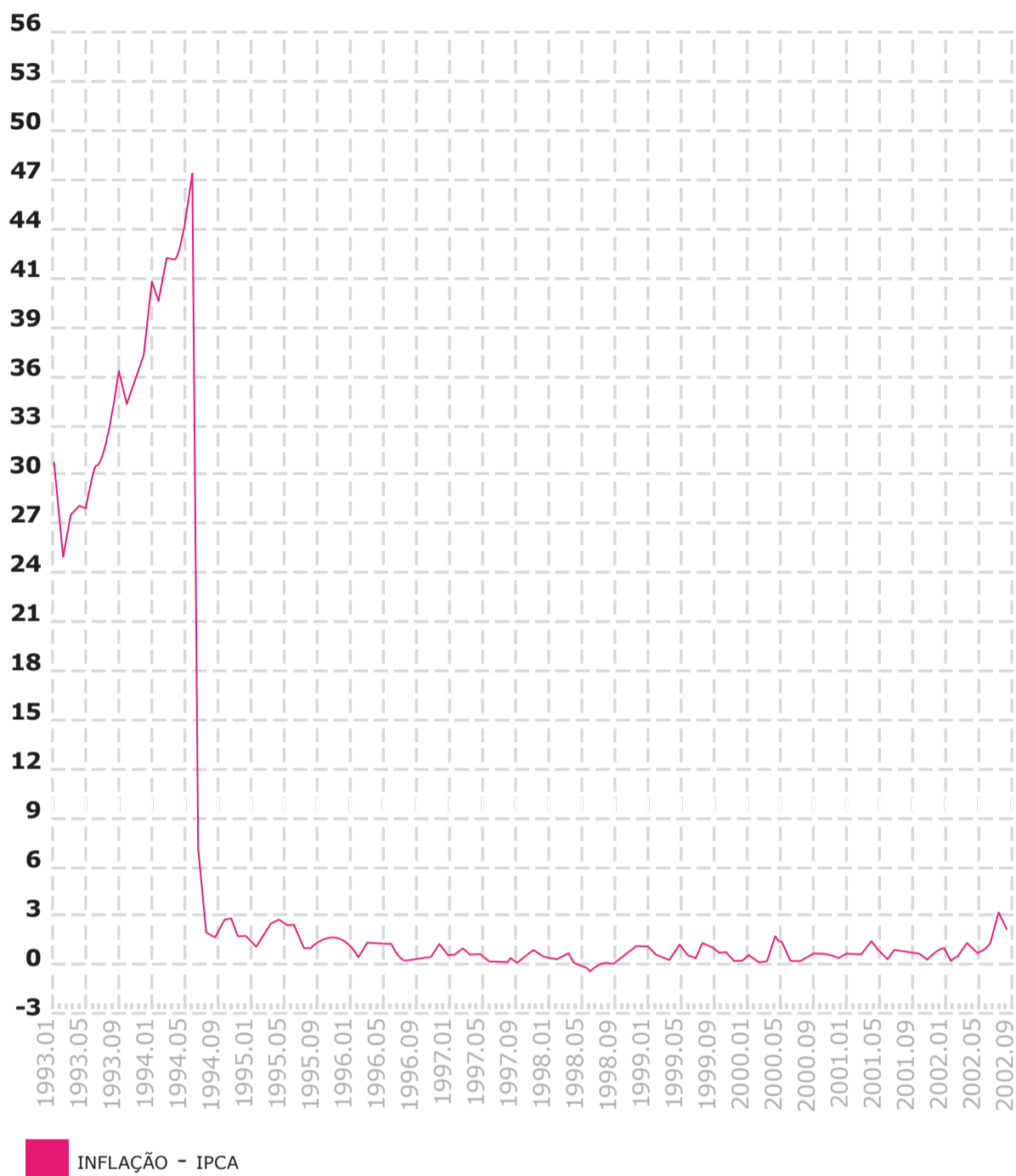
Cardoso assumiu o ministério e estruturou sua equipe com economistas que haviam trabalhado no Plano Cruzado. Em junho de 1993, começou a ser costurado o Plano Real, com o anúncio do Plano de Ação Imediato, cujos pilares eram semelhantes aos do Plano Cruzado: redução do déficit público, com ampliação da arrecadação e corte de despesas (FISHLOW, 2011).

Em março de 1994, criou-se o Fundo Social de Emergência, com os objetivos declarados de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e estabilização econômica. O fundo foi criado pela Emenda Constitucional de Revisão n. 01/94, que incluiu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) os arts. 71, 72 e 73. Compunham o fundo, dentre outros ativos, 20% da arrecadação total de impostos e contribuições da União durante os exercícios fiscais de 1994 e 1995.

Ainda em março, foi criada uma moeda virtual, a unidade real de valor (URV), que circulava com a moeda regular e tinha seu valor equiparado ao dólar americano. Essas medidas estabilizaram a inflação na casa dos 40% ao mês, embora o valor continuasse alto (FISHLOW, 2011).

Em abril de 1994, FHC deixava a Fazenda para se candidatar à Presidência. Em julho, começou a circular a nova moeda, o real, e a inflação despencou mais de 40 pontos percentuais e se manteve entre 1% e 3% até as eleições de outubro, quando FHC saiu vencedor ainda no primeiro turno, com ampla margem sobre Lula, o candidato do Partido dos Trabalhadores. O gráfico a seguir mostra a involução da inflação nos governos Itamar e FHC, em que é possível notar os efeitos do Plano Real.

1 INFLAÇÃO 1993-2002



INFLAÇÃO - IPCA
 FONTE: <[HTTP://WWW.IPEADATA.GOV.BR](http://www.ipeadata.gov.br)>. ACESSO EM: 2 DEZ. 2016.

Com o controle inflacionário alcançado na primeira metade dos anos 1990, a implementação dos direitos sociais e as metas de transformação social efetivamente voltaram à pauta. Como a Carta de 1988 constitucionalizou grande parte da agenda sobre políticas sociais e econômicas, as reformas estruturais brasileiras passaram necessariamente por reformas à Constituição de 1988, como veremos a seguir.

4. COMPROMISSO MAXIMIZADOR E SISTEMA POLÍTICO CONSENSUAL⁷

O objetivo desta seção é descrever de que modo o compromisso maximizador se manifestou na configuração de um sistema político altamente consensual, pelo qual o poder foi distribuído entre várias agências e atores, de forma que a governabilidade exige a constante construção de acordos. As principais novidades referem-se à pulverização do poder e à transformação das fronteiras que separam a função legislativa da executiva, afastando-se do paradigma madisoniano (LIMONGI, 2006).

Conforme relatado na seção anterior, o processo constituinte brasileiro, embora reativo a um passado imediato de autoritarismo e a uma longa história de desigualdades, não se desvincula de um contexto histórico do Estado federal, com forte presença de oligarquias locais, multipartidário, corporativo, patrimonialista e de uma ideologia desenvolvimentista, que perpassa inúmeras clivagens políticas. Elemento essencial para compreender o processo constituinte foi o significativo grau de fragmentação partidária da ANC, assim como a mudança do pêndulo de poder entre o primeiro turno, dominado por setores democráticos nacionalistas que enfrentaram o regime militar, e o segundo, em que o domínio da Assembleia passou às mãos do chamado “Centrão”, grupo mais conservador, liderado pelo presidente Sarney, que havia apoiado o regime militar. Isso é particularmente importante para entender a configuração do sistema político adotado pelo Texto de 1988.

Rompendo com a tradição presidencial brasileira, a versão aprovada pela Assembleia Constituinte no primeiro turno estabelecia um sistema parlamentarista, ainda que com inúmeras atribuições governamentais decisórias conferidas ao Presidente da República, como foi o caso da Quinta República francesa. Esse sistema era articulado, ainda, com um sistema pluripartidário, assegurado por um sistema eleitoral federativo de natureza proporcional. No segundo turno de deliberação, o modelo parlamentarista foi derrubado, sobretudo, por uma enorme pressão da Presidência da República, representada na Assembleia pelo “Centrão”. À parte os interesses do presidente em exercício, havia dois discursos voltados a justificar a escolha do presidencialismo: o primeiro pautado na maior governabilidade/estabilidade oferecida pelo regime presidencial, especialmente num contexto de pluralismo partidário; o segundo enfatizando o aspecto mais democrático (majoritário) da eleição presidencial,

que havia galvanizado a energia da sociedade no movimento das Diretas Já, o que não deveria ser frustrado.

O regime presidencialista adotado em 1988 se distingue do regime estabelecido pelas Constituições de 1891 e de 1946 em muitos sentidos, especialmente no que se refere às relações entre Executivo e Legislativo. Conforme Sérgio Abranches, o Brasil adotou em 1988 um modelo muito peculiar de sistema político, que poderia ser caracterizado como “presidencialismo de coalizão”, por combinar presidencialismo bonapartista, multipartidarismo e proporcionalidade eleitoral num contexto federativo (1988).

Esse tipo de regime estabeleceria ao presidente eleito uma necessidade imperativa de engajar-se continuamente num processo de formação de coalizões voltadas a sustentar o governo. Essas coalizões, no entanto, não se restringiriam à formação de alianças partidárias majoritárias, mas contemplariam alianças que dessem conta também da dimensão federativa, ou seja, dos interesses regionais, que não necessariamente se encontram articulados por partidos. Não houve na Assembleia uma decisão que desse prevalência aos interesses de um único grupo hegemônico, sendo isso indício da natureza compromissária do texto. Onde todos ganham ninguém prevalece. Essa característica traria, seguindo a previsão clássica de Sartori, grandes empecilhos para a governabilidade (1996). Conforme Abranches, o presidencialismo de coalizão seria um “sistema caracterizado pela instabilidade, de alto risco e cuja sustentação baseia-se, quase exclusivamente, no desempenho corrente do governo e na sua disposição de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou pragmáticos” (1988, p. 22) de sua coalizão, que teria tanto um eixo partidário como um regional.

As dificuldades encontradas pelo governo Sarney para cumprir o restante de seu mandato, assim como a crise que levou ao *impeachment* do presidente Collor, pareciam dar razão àqueles que consideravam que havia uma forte inadequação nas instituições criadas em 1988, ainda que não se pudesse atribuir à dimensão federativa da coalizão as dificuldades de governança ou mesmo a instabilidade dos governos.

Os governos Itamar Franco, Fernando Henrique, Lula e Dilma mostram que o modelo institucional adotado em 1988 não trazia, em si, obstáculo à capacidade dos governos de ver realizados seus programas e muito menos comprometia a governabilidade do país. Em análise seminal sobre as relações

entre Executivo e Legislativo, Angelina Figueiredo e Fernando Limongi (1999) mostram que a taxa de sucesso do Executivo brasileiro na aprovação de seus projetos perante o parlamento era bastante elevada, equiparando-se à dos regimes parlamentares europeus.

Os presidentes conseguem formar sólidas coalizões de partidos que sustentem o governo, não ficando sujeitos ao controle eleitoral das oligarquias regionais. Mais do que isso: foi possível observar que diversos mecanismos institucionais colocados nas mãos do Executivo, como a iniciativa legislativa, o domínio sobre a elaboração orçamentária, as medidas provisórias e a possibilidade de controle da agenda por intermédio da prerrogativa de solicitação do regime de urgência, davam ao presidente uma enorme capacidade de fazer prevalecerem os seus projetos dentro do parlamento. Por fim, a criação do sistema de colégio de líderes mostrou-se um instrumento extremamente eficaz para coordenar a ação dos parlamentares da base do governo, que apresentam altos níveis de fidelidade partidária. Nesse aspecto, foi possível estabelecer incentivos claros para que a coalizão oferecesse estabilidade e eficiência ao Executivo.

Por desconhecer os detalhes da Constituição Federal de 1988 e não dispor de um período mais longo para observar e avaliar seus resultados políticos, autores como Sartori e Abranches – sem mencionar os juristas que arvoraram análises políticas – estabeleceram juízos negativos sobre o sistema político organizado por essa Constituição.

Uma leitura mais detida do texto indica que ao presidente foi atribuída a prerrogativa de iniciativa legislativa sobre matérias altamente relevantes, que incluem a legislação orçamentária (arts. 61 e 165 da CF). Em paralelo, o presidente tem a competência para editar medidas provisórias, com iniciativa própria e com força de lei, em casos de relevância e urgência (art. 62 da CF), havendo, contudo, necessidade de posterior aprovação pelo Congresso para serem convertidas em lei. O presidente tem ainda a prerrogativa de pedir urgência na votação de seus projetos (art. 64, § 1º). A apreciação de medidas provisórias, a solicitação de urgência e o grande número de projetos de lei do Executivo de fato “travam” a pauta deliberativa do Congresso, restringindo significativamente sua liberdade de ação.

Essas ferramentas constitucionais colocadas nas mãos do presidente, somadas a uma alta taxa de fidelidade partidária, que ultrapassa 90% (MOISÉS, 2001), permitiram que 85,6% dos projetos de lei aprovados pelo Parlamento

brasileiro no período entre 1988 e 2006 fossem de iniciativa do Presidente da República, sendo que a taxa de sucesso dos projetos apresentados pelo presidente superam os 70% (sucesso mensurado apenas em termos de projetos aprovados ao longo do mandato) (LIMONGI, 2006). Esses dados aproximam em muito o sistema político brasileiro, ao menos no que se refere ao padrão de eficácia decisória, aos regimes parlamentares europeus, nos quais uma autêntica fusão entre Executivo e Legislativo permite que o Executivo também atinja altas taxas de sucesso decisório (LIMONGI, 2006).

O fato de que o sistema político brasileiro se mostrou não apenas estável, governável, mas também eficaz, na perspectiva decisória, não significa que ele não se depare com problemas relevantes. Temos o alto custo para a formação das coalizões, a baixa *accountability* dos governantes e a dificuldade para propor leis ou reformas da Constituição em temas de entrincheirados interesses dos Estados-membros, como a segurança pública ou o sistema tributário.

Conforme mostra Moisés (2011), o Congresso teve seu poder reduzido em relação aos regimes anteriores, perdendo sua capacidade legislativa e sua representatividade, assim como sua capacidade de controlar o Executivo. Eleito o presidente, dispondo este de mecanismos muito fortes (definição de orçamento, concessão de emendas parlamentares e ocupação de cargos públicos) para a criação de uma leal coalizão que dê sustentação ao governo, os riscos ficam bastante reduzidos. Daí por que escândalos de corrupção ocorridos nas várias gestões não geraram mais do que sobressaltos políticos, rapidamente contornados com uma ação dos líderes partidários em consonância com os ministérios políticos do governo (exceção do governo Collor, que foi objeto de *impeachment*).

Limongi observa que dificilmente primeiros-ministros de democracias parlamentaristas sobreviveriam em situações semelhantes às do “mensalão”, ou mesmo do primeiro ano de governo Dilma (2011), quando um número expressivo de ministros foi afastado por problemas de corrupção. Uma segunda questão que poderia ser levantada refere-se à possibilidade de que o sucesso do Executivo esteja sendo superestimado, na medida em que seus índices de sucesso não levam em consideração aquilo que não é proposto, ou que é proposto de forma muito mitigada, em face das complexidades internas da coalizão, inclusive no que se refere à sua dimensão federativa. Esse fenômeno, designado por Carl Friedrich (*apud* LIMONGI, 2006, p. 31, nota de rodapé

28) como “lei da resposta antecipada”, pode encobrir um custo de governar apoiado em coalizões extremamente fragmentadas. Ou seja, o presidente seria bem-sucedido na medida em que fosse capaz de antecipar o que seria aprovado por aqueles que lhe dão sustentação (coalizão multipartidária), mas que têm interesses muitos distintos.

Limongi busca enfrentar essa objeção, a nosso ver, de forma insatisfatória, pois analisa a questão tomando por referência a possibilidade de que minorias (logo, adversas à base do governo) exercessem um poder silencioso, que levasse o presidente a se conduzir de uma maneira que não deseje (LIMONGI, 2006), o que não é exatamente o que se está objetando em relação ao caso brasileiro.

Aqui não se está discutindo o poder silencioso das minorias, mas sim o de setores internos à coalizão – portanto, da base da maioria. Qual seria, por exemplo, a capacidade do antigo PFL, formando a ala direita da coalizão no governo Fernando Henrique Cardoso, de silenciosamente impedir a proposição de reformas pretendidas pelo PSDB do presidente Cardoso? E qual é atualmente a capacidade do PMDB, ou de partidos ligados a lideranças historicamente conservadoras no Brasil, de restringir projetos de reforma da presidente Dilma pelo fato de serem componentes politicamente importantes da coalizão liderada pelo PT?

A resposta é que esse é um problema constantemente enfrentado pelas alianças governamentais tanto no presidencialismo como no parlamentarismo, devendo elas lidar com as demandas e as contradições de sua base de sustentação necessariamente composta de facções com distintos interesses. A questão, no entanto, seria compreender se a taxa de inércia do Legislativo, decorrente da natureza das coalizões brasileiras, marcadas não apenas pela alta fragmentação partidária e pelas divergências no federalismo, é maior ou menor que a observada em outras democracias, com diferentes estruturas partidárias e desenhos constitucionais.

Pensem em exemplos recentes. Qual é a força de facções conservadoras – e com clara influência religiosa – da base de sustentação do governo para impedir a proposição de um projeto de lei de descriminalização do aborto que certamente tem a simpatia da presidente e de vários parlamentares? Como explicar a dificuldade do governo em ver aprovado um Código Florestal nos moldes defendidos pelos seus mais próximos colaboradores? O que significa

a impossibilidade dos sucessivos governos em propor reformas mais abrangentes para a segurança pública e o sistema tributário, temas nos quais há choque de interesses entre os Estados-membros da Federação?

Isso indica um sistema político que, em razão do desenho constitucional, tem natureza consensual e suficientemente eficaz, envolvendo negociações e compromissos muitas vezes tácitos.

5 RIGIDEZ COMPLACENTE E CONTÍNUA ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

5.1 Considerações teóricas⁸

Um elemento-chave para entender a função da Constituição Federal de 1988 é o estudo dos mecanismos de reforma constitucional que ela institui.

Em geral, as Constituições dirigentes apresentam mecanismos de forte rigidez constitucional. Esse é o caminho imposto para garantir a efetiva e duradoura vinculação do legislador ao projeto constitucional de transformação.

De maneira oposta, as constituições liberais-sintéticas não se preocupam com a rigidez porque confiam no legislador e desejam mesmo a atualização, que, aliás, ocorre constantemente nos amplos espaços não regulamentados pelo texto constitucional. Certamente, não há homogeneidade, havendo constituições liberais que protegem um núcleo duro de normas constitucionais – notadamente aquelas normas que garantem direitos de liberdade, a forma de Estado e as regras do jogo democrático –, e outras que não estabelecem cláusulas pétreas, mas dificultam o processo de revisão com a previsão de maiorias exigentes e de múltiplos exames da proposta. De toda forma, a rigidez no procedimento de reforma e a existência de cláusulas pétreas são um mecanismo muito mais utilizado nas constituições transformadoras.

A Constituição de 1988 adota uma estratégia peculiar.

Em primeiro lugar, a verdadeira ubiquidade do texto constitucional, que regula as mais variadas esferas da vida e do direito, foi matizada pela flexibilização dos procedimentos de reforma. A reforma é deixada nas mãos da maioria do Congresso:

- sem participação do Executivo;
- sem controle e necessidade de aprovação pelos Estados-membros da Federação;

- sem previsão de controle popular, mediante referendo.

Em razão disso, a reforma constitucional tornou-se jurídica e politicamente fácil se for comparada, por exemplo, com a prevista pela Constituição liberal dos EUA. Assim sendo, os partidos políticos são os “senhores” não só das políticas públicas, mas também da reforma constitucional. Isso se manifesta na profusão de emendas constitucionais pontuais, que permitem reformas de maneira rápida e sem necessidade de colaboração interinstitucional.

Essa flexibilidade procedimental tem a sua contrapartida. Para que a reforma seja realizada, devem concordar forças políticas que, por mais que participem da coalizão governamental ou estejam próximas ao governo, perseguem projetos diferentes e representam interesses, em parte, antagônicos. Em razão disso, como dissemos ao analisar as teses centrais da resiliência constitucional brasileira, propostas de reforma de maior importância acabam sendo abandonadas por medo de que uma mudança radical modifique o próprio “chão” constitucional, altere o equilíbrio de satisfação de interesses e afete o sistema político.

Em segundo lugar, o sistema brasileiro de reforma constitucional estabeleceu um amplo conjunto de cláusulas constitucionais intangíveis (art. 60, § 4º, da CF). A lista das cláusulas pétreas engloba não só princípios gerais do federalismo, da democracia e da separação de poderes, mas também os numerosos direitos fundamentais em sua integralidade.

Isso pode ser obstáculo a qualquer discussão de projeto de emenda, pois sempre pode-se alegar que contraria as cláusulas pétreas. O Judiciário, em particular o STF, pode fiscalizar as reformas constitucionais, freando aquelas que considerar contrárias a certa cláusula pétrea. Isso complica o “jogo” da reforma, dando papel de destaque ao Judiciário, situação essa excepcional no direito estrangeiro.

Uma terceira característica é a válvula de escape do art. 60, § 4º. Entre os artigos protegidos, não há verdadeiras cláusulas de imutabilidade. Só se proíbem reformas que “tendem” a abolir essas normas, autorizando reformas que limitam direitos fundamentais ou modificam o funcionamento das instituições, desde que se considere que a norma não corre o risco de abolição.

Em resumo: sob a Constituição de 1988 houve estabilidade constitucional, apesar da presença de um sistema de reforma constitucional pouco exigente;

devemos analisar esse complexo mecanismo, que inclui elementos contraditórios de rigidez e flexibilidade; um fato é que o Judiciário também é agente de reforma constitucional mediante o controle de constitucionalidade.

5.2 Compromisso maximizador e metas de transformação social: quadro comparativo 1969, 1988, 2002 e 2012⁹

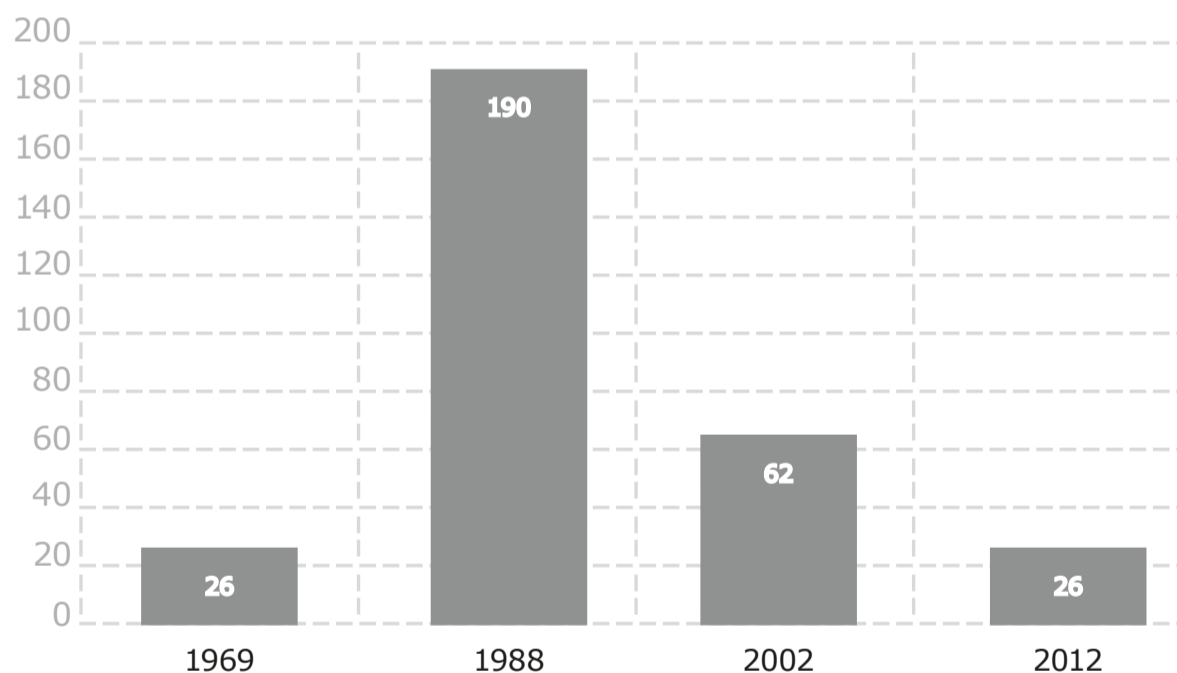
Um traço característico da Constituição de 1988 é a presença recorrente de dispositivos que versam sobre metas de transformação social e políticas públicas. Estima-se que 30,5% dos 1.627 dispositivos do texto original da Constituição de 1988 dispõem sobre políticas públicas, enquanto 69,5% dizem respeito a normas de caráter efetivamente constitucional, ou seja, definições de Estado e Nação, direitos individuais de liberdade e de participação política, regras procedimentais e direitos materiais voltados ao bem-estar e à igualdade (ARANTES; COUTO, 2009). Dois exemplos conhecidos de constituições sociais nem se aproximam do grau de constitucionalização de políticas públicas alcançado pela Constituição de 1988. Na Constituição mexicana de 1917, apenas 17% dos dispositivos versavam sobre políticas públicas; já a Constituição portuguesa de 1976, apontada como uma das grandes inspirações do nosso constituinte, dispunha sobre políticas públicas em tão somente 4,5% de seus dispositivos (ARANTES; COUTO, 2009).

Nesta seção, fazemos uma análise comparativa de quatro momentos da ordem constitucional brasileira: 1) a redação original da Constituição de 1988, que chamamos de “Constituição de 1988”; 2) o texto da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, por se tratar do regramento constitucional a que a CF/1988 veio substituir, que chamamos de “Constituição de 1969”; 3) o que chamamos de “Constituição de 2002”, ou seja, a Constituição de 1988 modificada pelas emendas aprovadas até o término do mandato presidencial de Fernando Henrique Cardoso, em 31 de dezembro de 2002, que compreendeu até a Emenda Constitucional n. 39; e 4) o que chamamos de “Constituição de 2012”, ou seja, a Constituição de 1988 reformada pela emendas aprovadas durante os governos de Lula e Dilma, compreendendo até a Emenda Constitucional n. 70. Serão objeto da análise as disposições que tratam diretamente dos seguintes temas: objetivos fundamentais da República; direitos sociais; princípios gerais da ordem econômica; política urbana; política fundiária e reforma agrária; seguridade social, saúde, previdência social e assistência social; e educação.

Para os fins da análise quantitativa, tomamos como unidade de análise “dispositivos constitucionais”, devendo ser considerados como tal cada *caput* de artigos, incisos e parágrafos que versam sobre os temas em análise.

Em termos quantitativos, vemos no gráfico 2 que o constituinte de 1988 tratou de forma mais intensa desses temas. Se tomarmos como parâmetro a Constituição de 1969, notamos na Carta de 1988 um acréscimo de 731% de dispositivos versando sobre os temas selecionados, perfazendo um total de 190. Desse universo, 46% (ou 88 dispositivos) sofreram algum tipo de modificação por emenda constitucional, sendo que 62 aconteceram até 2002 e 26 até 2012. Note que quase metade dos dispositivos constitucionais que estabelecem metas de transformação social ou dispõem sobre políticas públicas foram modificados em pouco mais de 24 anos de vigência da Carta.

2 QUANTIDADE DE DISPOSITIVOS SOBRE METAS DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL OU POLÍTICAS PÚBLICAS POR CONSTITUIÇÃO



FONTE: ELABORAÇÃO PRÓPRIA

A Constituição de 1988 enuncia, em seu Título I, um rol de objetivos a serem alcançados pela República, assunto que, até então, jamais fora objeto de disposição constitucional na história brasileira. Trata-se de uma inovação do constituinte de 1988. Esses dispositivos estabelecem metas de transformação social e devem servir como guia a toda ação que vise implementar a Constituição.

No capítulo que aborda direitos sociais, a Constituição de 1988 não se restringiu a tratar dos direitos dos trabalhadores, como faziam suas antecessoras. Incluíram-se nesse rol os direitos a educação, saúde, trabalho, lazer, segurança e previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Além desses dispositivos, trouxe em seu corpo um artigo que enuncia direitos socioeconômicos alheios às relações de trabalho. As reformas feitas nesse dispositivo só ampliaram o rol de direitos ali contidos: o direito à moradia foi adicionado pela Emenda Constitucional (EC) n. 26, de 2000, e o direito à alimentação, pela EC n. 64, de 2010.

No capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição de 1988 trouxe diversos avanços em relação ao texto de 1969, ao incluir entre eles a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais. O compromisso maximizador da Constituição de 1988 faz-se evidente quando elenca dentre esses princípios a “busca pelo pleno emprego”, em vez da “expansão das oportunidades de emprego produtivo”, presente na Constituição de 1969. O viés nacionalista da Constituição também está presente nesse artigo, pelo tratamento favorecido conferido às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Dentre as reformas promovidas a esses dispositivos, destaca-se a redação dada ao inciso IX do art. 170 pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995, que acabou com o tratamento favorecido à empresa de pequeno porte de capital nacional, passando a desconsiderar a origem do capital elemento diferenciador do tratamento e, portanto, conferindo ao capital estrangeiro o mesmo tratamento dado ao nacional. Essa reforma constitucional se insere no contexto de abertura da economia brasileira ao mercado global, havida na década de 1990.

Em 1988, pela primeira vez, a questão urbana é abordada diretamente em uma Constituição brasileira. A Constituição valoriza a figura do município ao lhe conferir a incumbência de executar a política de desenvolvimento urbano e de elaborar o plano diretor urbano, obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes. Apesar da inovação do constituinte de 1988 ao trazer à tona a questão urbana, sua atuação foi comedida em um dos principais problemas das grandes cidades brasileiras: o direito à moradia. Apesar de muito debatido durante a ANC e de ter sido objeto de duas emendas populares, o direito à moradia não figurou no texto final da Constituição, o que só veio a acontecer com a EC n. 26,

em 2000. Apesar dessa omissão, a Constituição trouxe, no capítulo da política urbana, alguns instrumentos para efetivação do direito à moradia nas cidades, como o parcelamento ou a edificação compulsórios, o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo e a desapropriação de imóveis que não atendam sua função social. Além disso, para aqueles que possuem imóveis urbanos de até 250 m² por cinco anos, criou o instituto da usucapião especial urbana, para fins de moradia. Esses dispositivos não sofreram emendas até o presente.

A reforma agrária é tradicionalmente um tema em que as oposições entre capital e trabalho se tornam mais evidentes, daí ter sido um dos grandes temas da Constituinte de 1988. O tema já era tratado pela Constituição de 1969, sendo que cinco dos seis dispositivos de 1969 foram mantidos no texto de 1988 com algumas modificações. A promoção da desapropriação para fins da reforma agrária continuou sob competência da União, com a indenização paga em títulos da dívida agrária e as benfeitorias pagas em dinheiro. A Constituição de 1988 excluiu da reforma agrária a pequena e a média propriedade e a propriedade produtiva e definiu, no art. 186, critérios para aferir o grau de cumprimento da exigência da função social da propriedade, tais como:

- aproveitamento racional e adequado;
- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Interessante notar que esses dispositivos, a exemplo do que ocorreu com o capítulo sobre política urbana, não passaram por nenhuma reforma. Apesar de o regramento constitucional sobre a matéria permanecer inalterado, a questão agrária brasileira não foi solucionada.

O constituinte de 1988 reservou à “ordem social” um título próprio na Constituição, dissociando-a da “ordem econômica”, o que não se verificava na Constituição de 1969, e passou a contemplar a seguridade social, que compreende: saúde, previdência e assistência social; educação, cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; e meio ambiente. O artigo que enuncia as disposições gerais não sofreu emendas.

Outra inovação trazida ao ordenamento constitucional brasileiro foi a introdução da seguridade social, compreendendo o conjunto de ações estatais e da

sociedade voltadas à implementação da saúde, da previdência e da assistência social. Os dispositivos que regem a seguridade social exprimem em grande medida o ideal democrático-participativo e inclusivo da Constituição de 1988, que podem ser notados na lista de objetivos da seguridade social – por exemplo, universalidade de cobertura e atendimento, equivalência de benefícios e serviços oferecidos na cidade e no campo, irredutibilidade de benefícios, equidade na forma de participação no custeio e participação da comunidade na gestão administrativa da seguridade social. As reformas promovidas nesses dispositivos tiveram o condão de especificar expressões vagas do texto original sem, com isso, alterar substancialmente seu conteúdo.

Constituir a saúde como um direito de todos e um dever do Estado foi um dos grandes avanços da Carta de 1988, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Sua estrutura consagra o ideal democrático-participativo e a autonomia dos entes federativos, com as diretrizes de descentralização; atendimento integral, priorizando o atendimento preventivo; e participação da comunidade. As reformas promovidas em 2000 pela EC n. 29 versam sobre a forma de financiamento público da saúde. Já as reformas presentes na “Constituição de 2012” introduzem na órbita constitucional as figuras dos agentes comunitários de saúde e dos agentes de combate às endemias, por meio das ECs n. 51/2006 e 63/2010.

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, que pode inclusive participar, de forma complementar, do SUS.

O constituinte de 1988 trouxe a previdência social ao nível constitucional e a reformulou por completo, unificando os regimes urbano e rural. Baseada na contributividade, a Constituição garante: cobertura de doença, invalidez, morte, incluindo os eventos decorrentes de acidente de trabalho, velhice e reclusão; ajuda à manutenção dos dependentes do segurado de baixa renda; proteção da maternidade; proteção ao trabalhador desempregado involuntariamente; pensão, ao cônjuge e ao dependente, por morte do segurado.

Os altos custos de manutenção desses direitos colocaram em questão a viabilidade financeira das escolhas feitas em 1988, motivo pelo qual a “reforma da previdência” passou a ocupar lugar de destaque na agenda de todos os presidentes desde então, independentemente das cores de suas bandeiras. Uma reforma sistemática foi feita pela EC n. 20, de 1998, e algumas mudanças pontuais vieram com as ECs n. 41/2003 e 47/2005. Com essas reformas, todos os dispositivos

promulgados em 1988 passaram por alguma alteração, de modo que a quantidade de dispositivos introduzidos na Carta pelo constituinte derivado é maior do que a de trazidos pelo constituinte originário, como se observa no gráfico 3.

3 QUANTIDADE DE DISPOSITIVOS SOBRE PREVIDÊNCIA SOCIAL



FONTE: ELABORAÇÃO PRÓPRIA

Como os demais direitos componentes da seguridade social, a assistência social é outro avanço da Constituinte de 1988, também sem precedentes na história constitucional brasileira. A assistência social é prestada aos carentes, independentemente de contribuição do beneficiário. Tem por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo à criança e ao adolescente carente; a promoção do trabalho; e a reabilitação de portadores de deficiência. Um dos seus objetivos mais substantivos é a garantia de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não tem condições de se manter ou de ser mantido pela família.

O direito à educação está presente nos textos constitucionais brasileiros desde a Carta de 1934. No texto de 1969, a educação é declarada direito de todos e dever do Estado. O diploma de 1988 inclui a família como coobrigada pelo direito à educação e institui o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como um direito público subjetivo, o que serve de fundamento a diversas ações judiciais movidas contra o Estado com vistas a ter esse direito efetivado.

Em relação ao regime autoritário, a Constituição de 1988 trata, em diversos pontos, da liberdade de ensinar, aprender e divulgar o pensamento e o

saber e do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, em clara oposição aos tempos do regime de exceção, em que a liberdade acadêmica era constitucionalmente limitada pelos arts. 176, VII, e 154 da então Constituição, que punia o ensino “subversivo” com suspensão de direitos por dois a dez anos.

No texto, é dada a devida atenção à educação do adulto que não teve oportunidade de estudar quando jovem, com a oferta de ensino noturno regular, e é garantida a gratuidade do ensino básico aos que não tiverem acesso na idade própria.

O ensino é livre à iniciativa privada, desde que sejam cumpridas as exigências impostas pelas normas gerais da educação nacional, que as instituições possuam autorização do poder público para funcionar e que sua qualidade seja por ele avaliada.

O art. 212 da Constituição de 1988 obriga a União a aplicar na manutenção e no desenvolvimento do ensino no mínimo 18% do que arrecadar com impostos, e os estados, o Distrito Federal e os municípios, no mínimo 25%. Entretanto, por força da chamada “desvinculação das receitas da União” (DRU), instituída no art. 76, § 3º, do ADCT, o percentual estipulado no *caput* do art. 212 foi nulo até o dia 31 de dezembro de 2015, motivo pelo qual esses valores não precisaram ser aplicados na melhoria da educação.

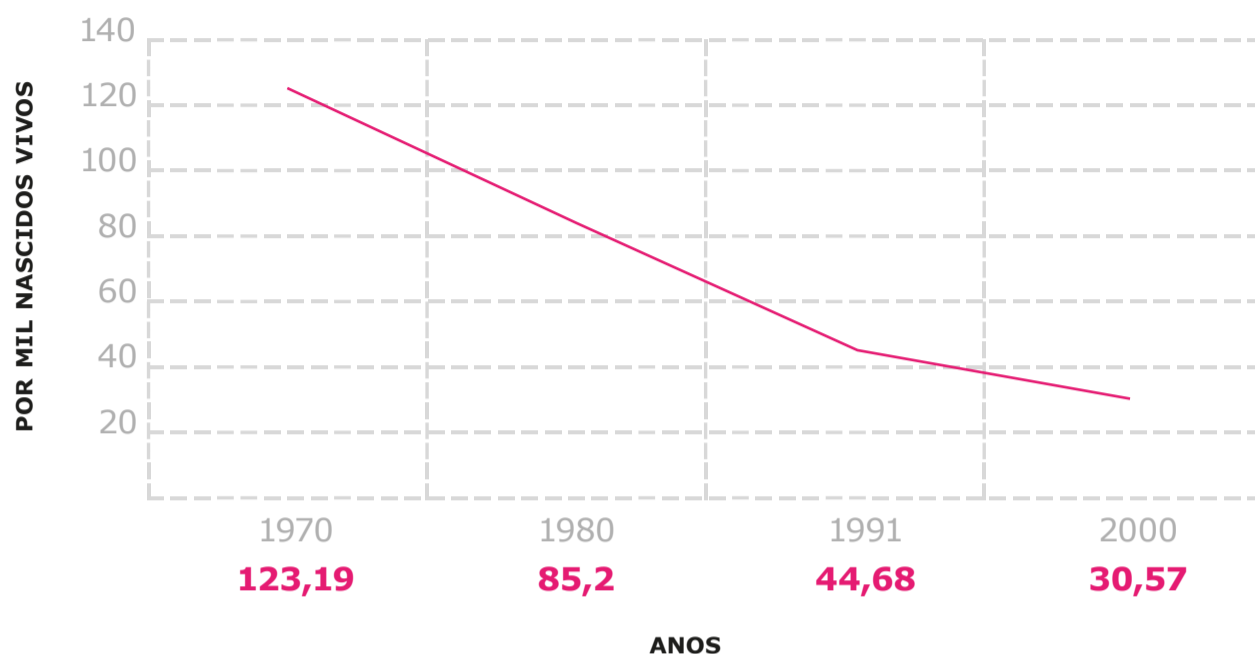
6 BALANÇO DOS AVANÇOS E DAS CONTINUIDADES EM ALGUMAS POLÍTICAS PÚBLICAS

6.1 Direito à saúde¹⁰

Após a aprovação da lei do SUS, em 1990, houve queda significativa da mortalidade infantil. De acordo com o INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA), até 1990, 66,57% das crianças sobreviviam ao parto; em 2011 a porcentagem chega a 73,67%. Sendo o parto um momento delicado, por se tratar de emergência, o SUS auxilia as pessoas de baixa renda que dependem do hospital público. Por tornar o serviço gratuito, garante aos recém-nascidos possibilidade maior de sobrevivência.¹¹ Mesmo assim, a taxa de sobrevivência no Brasil continua sendo inferior às da Argentina e do Chile e baixa significativamente no Norte e no Nordeste.¹²

4

MORTALIDADE INFANTIL



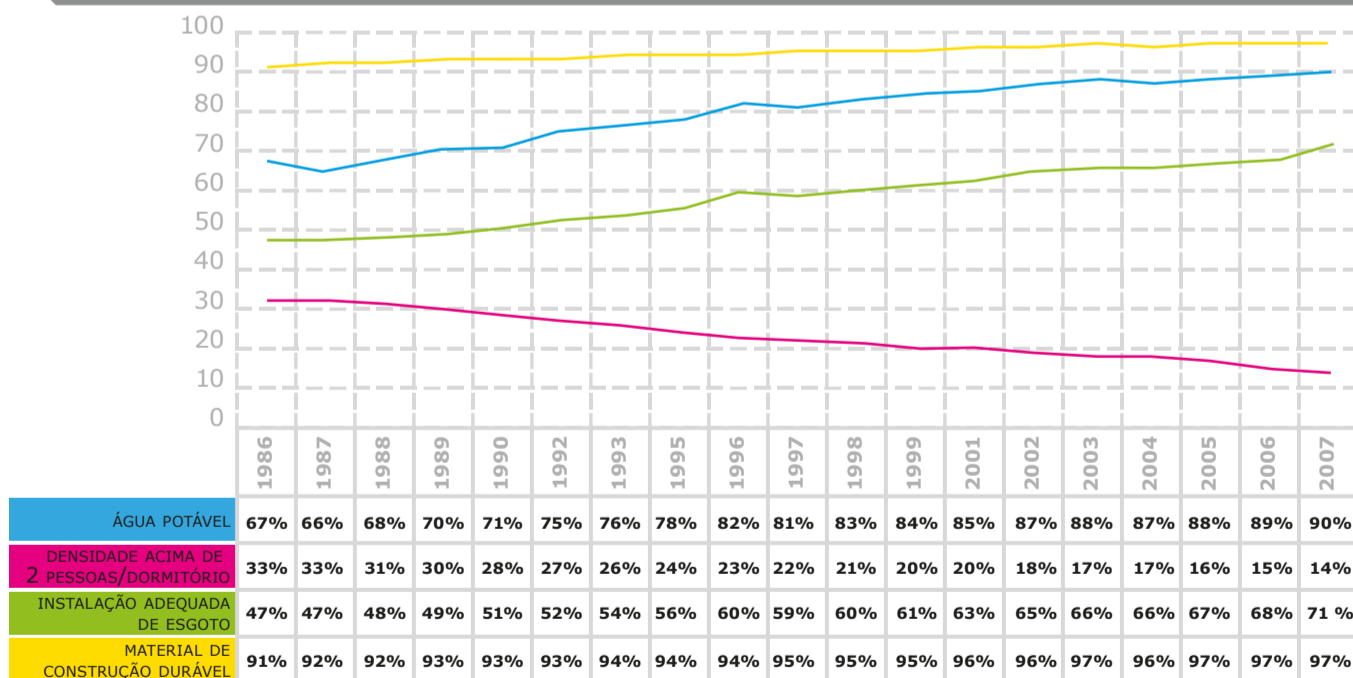
FONTE: <[HTTP://WWW.IPEADATA.GOV.BR](http://www.ipeadata.gov.br)> (ITEM: SOCIAL). ACESSO EM: 2 DEZ. 2016.

6.2 Habitação¹³

A partir da inclusão de normas sobre habitação, a quantidade de domicílios com água canalizada passou de 22.559.665,12, em 1991, para 34.859.393,00, em 2000. Além disso, houve significativo aumento no número de habitações com luz elétrica, passando de 30 milhões, em 1990, para 42 milhões, em 2000.

5

QUALIDADE DA MORADIA NO BRASIL



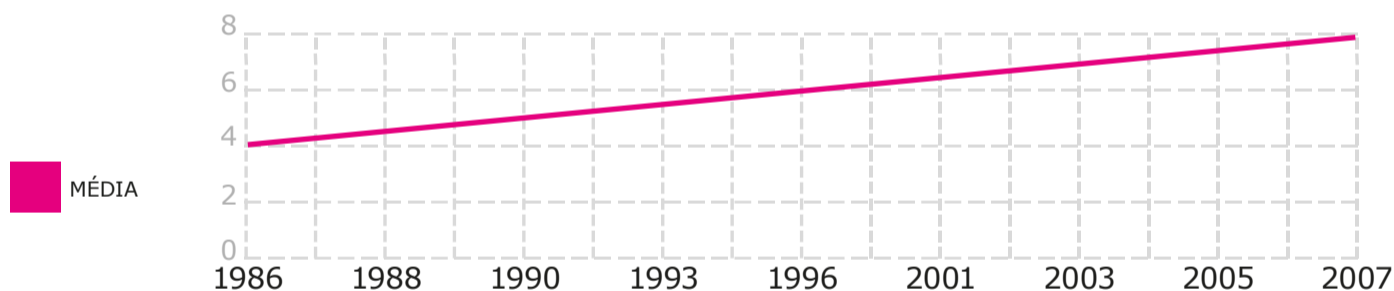
FONTE: <[HTTP://WWW.IPEADATA.GOV.BR](http://www.ipeadata.gov.br)> (ITEM: SOCIAL). ACESSO EM: 2 DEZ. 2016.

Em nível nacional, no ano de 2009, estimavam-se em 57% as moradias permanentes adequadas. Mas ainda é muito acentuada a disparidade regional no que diz respeito à qualidade da habitação principal. O número de moradias adequadas oscila entre o totalmente insatisfatório (27% no Norte do País) e o razoável (72% no Sudeste).¹⁴

6.3 Educação¹⁵

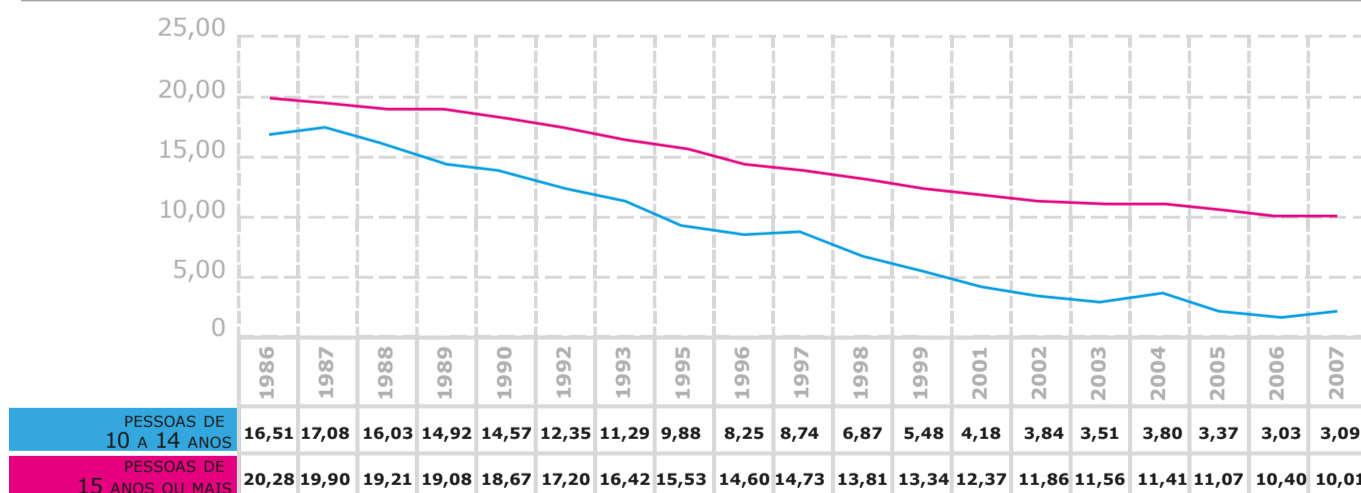
Constata-se significativa melhora no número de jovens de 15 a 17 anos que frequentavam escolas. Em 1990, a porcentagem era de 56,57%, passando em 2007 para 82,22%.¹⁶ Excetuando cursos noturnos e por correspondência, a frequência efetiva de jovens no ensino médio era, em 2009, de 50,9%.¹⁷ É também possível observar um claro decréscimo no analfabetismo, que, entre os maiores de 15 anos, baixou de 17,2%, em 1992, para 9,3%, em 2009, continuando a ser elevado em comparação em nível mundial e muito alto no Nordeste (quase 25% em Alagoas).¹⁸

6 ANOS DE ESTUDO (PESSOAS DE 25 ANOS OU MAIS)



FONTE: ELABORAÇÃO PRÓPRIA

7 PERCENTUAL DE ANALFABETOS



FONTE: <HTTP://WWW.IPEADATA.GOV.BR> (ITEM: SOCIAL). ACESSO EM: 2 DEZ. 2016.

O IPEA indica uma alteração significativa nos gastos públicos com educação a partir de 2008, com ênfase no ensino básico, favorecendo os economicamente mais fracos. Se observarmos os números referentes ao tempo de estudo da população adulta (pessoas de 25 anos ou mais), notamos um expressivo incremento nas últimas duas décadas.

Mesmo assim, o sistema de ensino público apresenta forte desigualdade de ingresso: enquanto no ensino fundamental há uma presença maior de estudantes de famílias pobres, as universidades públicas possibilitam mais acesso aos filhos das famílias de renda elevada.¹⁹ Em um país no qual, em 2009, apenas 14,4% da população entre 18 a 24 anos frequentou a educação superior, essa pequena elite é formada pelos mais ricos, brancos e oriundos de regiões urbanas:

Em 2009, considerando a faixa analisada, enquanto 21,3% dos brancos têm acesso ao ensino superior, apenas 8,3% da população negra possui acesso. Enquanto na Área Urbana Metropolitana 18,3% da população possui acesso, esta porcentagem se restringe a 4,3% na Área Rural. Há também uma enorme disparidade regional: 19,2% da população analisada da Região Sul do país possui acesso ao ensino superior, ao tempo em que na Região Nordeste esta porcentagem cai para 9,2% (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2009).

A participação de negros em cursos de mais prestígio social, como medicina, direito e engenharia, é ainda menor. Além disso, a presença dos negros no ensino superior é basicamente devida à expressiva expansão do setor privado no sistema universitário brasileiro (MARTINS, 2004).

6.4 Previdência social²⁰

Desde o governo de Fernando Henrique Cardoso, o Poder Executivo tem empreendido esforços para reverter a crise do inchaço causado na previdência social em virtude dos largos benefícios concedidos ao funcionalismo público no regime especial de previdência pública. Com o objetivo de implementar medidas como a contribuição de servidores públicos inativos e pensionistas, o Poder Executivo apresentou a Proposta de Emenda Constitucional n. 33/95, a qual foi substancialmente mitigada na Câmara dos Deputados em 1996 e 1998. Na

ocasião da primeira derrota da PEC n. 33/95 na Câmara dos Deputados, o então ministro da Fazenda, Pedro Malan, proferiu discurso em cadeia nacional:

Há dois conjuntos de aposentados no país. Um, o dos trabalhadores ligados ao INSS. Eles são quase 16 milhões, trabalham, geralmente, até os 60 anos de idade e contribuem para a Previdência ao longo de 35 anos. 90% deles recebem menos de cinco salários mínimos por mês. O outro é o dos trabalhadores com direito a sistemas especiais de aposentadoria, vale dizer, privilégios. Por exemplo: as leis em vigor permitem que servidores públicos possam se aposentar com menos de 50 anos de idade, recebendo salários superiores aos que recebiam quando trabalhavam. Há até casos de aposentados que contribuíram por menos de dez anos. Os trabalhadores que se aposentam pelo INSS ganham, em média, menos de dois salários mínimos por mês, enquanto há certos funcionários públicos aposentados que recebem 20 mil reais. Há funcionários que acumulam, duas, três, até quatro aposentadorias. Não é difícil adivinhar quem paga a conta. Quem paga a conta é toda a sociedade, é todo o povo. A permanecer esta situação, seremos obrigados a aumentar as dívidas do governo, impedindo, entre outras coisas, a queda da taxa de juros. A conta será paga não apenas por nós – ela acabará caindo também sobre os ombros de nossos filhos e de nossos netos (BRASIL, 1996).

Com a impossibilidade de aprovar a instauração da contribuição de servidores aposentados e previdenciários por meio do oneroso processo de aprovação de emenda constitucional, o governo Fernando Henrique Cardoso tentou implementar a medida por meio da Lei federal n. 9.783/99, mas esta norma foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 2.010).

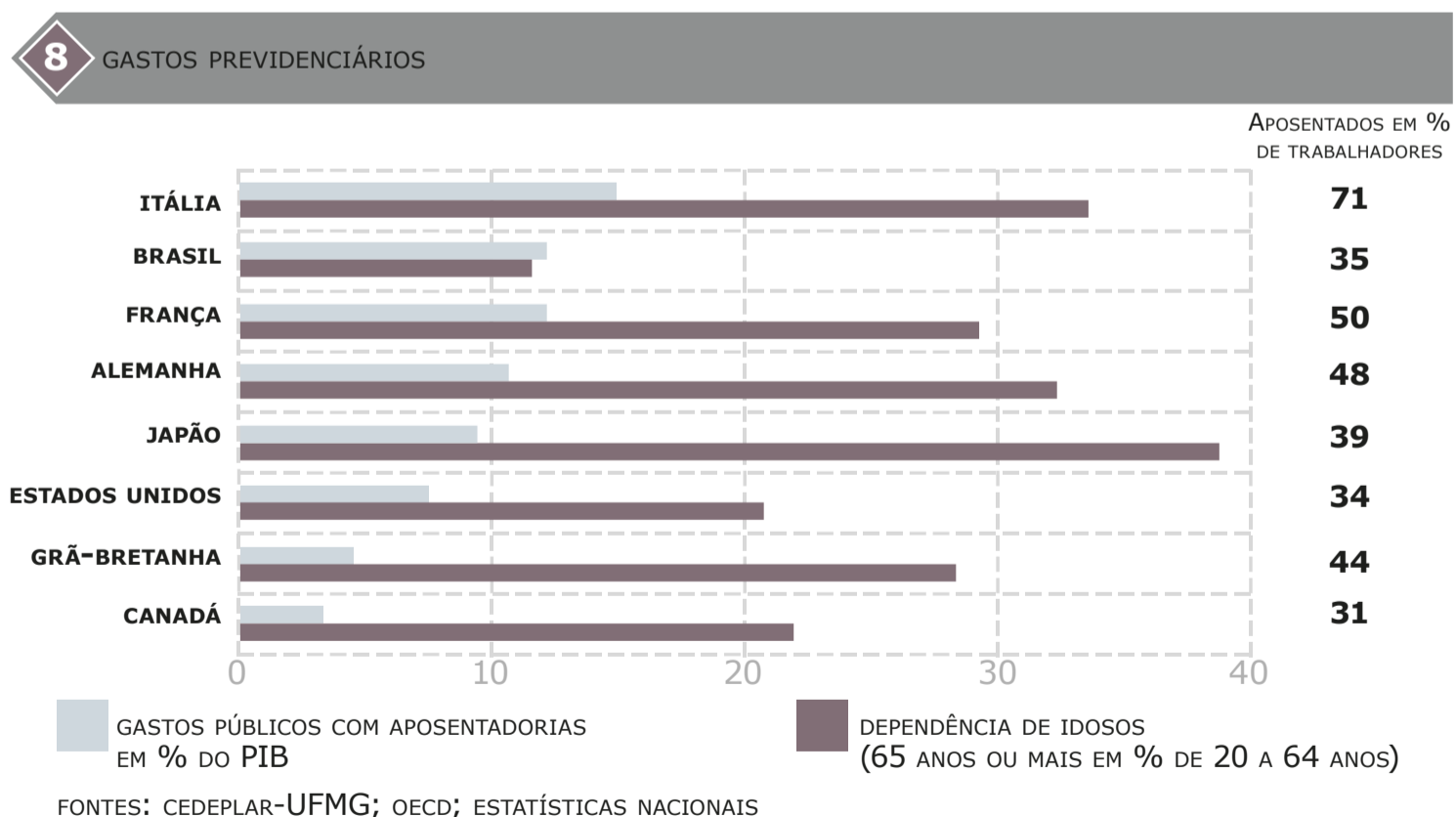
No governo Lula, o projeto de reforma da previdência foi retomado, dessa vez aprovado como emenda constitucional (EC n. 41/2003), e teve a constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 3.105). Ainda assim, as distorções causadas pelo regime especial de previdência continuam a gerar graves consequências para o país.

Em 2012, foi sancionada a Lei n. 12.618 com vistas a igualar o teto remuneratório da previdência de servidores públicos federais ao da previdência dos

agentes da iniciativa privada. Com a nova lei, benefícios adicionais passarão a ser obtidos por meio de contribuição autônoma à Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp). A medida objetiva mitigar o inchaço causado na previdência pela generosidade excessiva com que foram tratados os servidores públicos.

Conforme depoimento do Ministro da Previdência Social, a criação do Funpresp é uma medida urgente para sanar os cofres públicos brasileiros. “No ano passado [2011] a previdência social dos funcionários públicos registrou um déficit recorde de 51 bilhões de reais, sendo que este déficit tem crescimento anual projetado em 10%” (ALVES FILHO, 2012, p. 29). Acrescentou, ainda, que em 2011 o déficit dos fundos de pensão para funcionários públicos se igualou, em valor, ao orçamento do Ministério da Educação (R\$ 57 bilhões), dos quais 40% foram destinados a militares (os quais não serão atingidos pelo projeto da Funpresp). Ainda assim, o projeto isentará o Governo de um gasto de 30 bilhões de reais por ano (ALVES FILHO, 2012).

Segundo dados levantados pela revista *The Economist*, o Brasil se destaca, dentre as grandes economias, como um país “novo” com gastos previdenciários de um país “velho”, gastando 13% de seu Produto Interno Bruto em aposentadorias (mais do que qualquer outro membro do G7, com exceção da Itália, cuja porcentagem de idosos é 300% maior do que a brasileira).



Contudo, a generosidade da previdência para com os mais pobres, que podem se beneficiar de aposentadorias no valor do salário mínimo, gera um custo de apenas 2% do PIB brasileiro. O excesso de gastos decorre da aposentadoria de trabalhadores que se aposentam mais cedo e com mais benefícios do que em qualquer outro lugar do mundo.²¹

7 CONTRADIÇÕES DO COMPROMISSO MAXIMIZADOR:

DESIGUALDADES SOCIAIS E TRIBUTAÇÃO ASSIMÉTRICA

7.1 A forte e persistente desigualdade social (1988-2011)²²

A situação social do Brasil não se alterou significativamente desde 1988, apesar da melhoria visível dos indicadores de renda e de acesso a serviços públicos. Contrastando os discursos e as promessas políticas, aproximadamente um terço da população permanece em situação de pobreza com privação de recursos básicos, incluindo a falta de acesso regular a alimentação. Temos também uma das piores situações do mundo em termos de justiça distributiva, conforme mostram os índices que comparam a renda dos mais ricos com a dos mais pobres.

Enquanto a renda *per capita* chegou, em 2010, a US\$ 11.000, sendo comparativamente alta,²³ segundo o índice de desigualdade social Gini, o Brasil tinha, em 2005, 56,7 pontos,²⁴ encontrando-se na décima pior posição mundial.²⁵ Já o índice R/P10, que compara a renda dos 10% mais ricos com a dos 10% mais pobres, indica que, para cada dólar de renda dos mais pobres, os mais ricos ganham 51 dólares.²⁶ Para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Brasil era, em 2010, o terceiro pior país em termos de desigualdade social (*O Estado de São Paulo*, 24-7-2010). Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), constatou-se que 35% dos brasileiros sofrem de subnutrição sistemática (*O Estado de São Paulo*, 23-6-2010) e que os analfabetos perfazem 10% da população.²⁷

Os dados indicam que houve melhora nos índices de educação, de saúde e de habitação, mas que permanece o problema mais grave: a profunda diferença social sinalizada pela denominada “pobreza sistêmica” (POGGE, 2007).

Analisando a tabela do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) brasileiro, verificamos que houve um aumento constante desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

TABELA 1. ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO

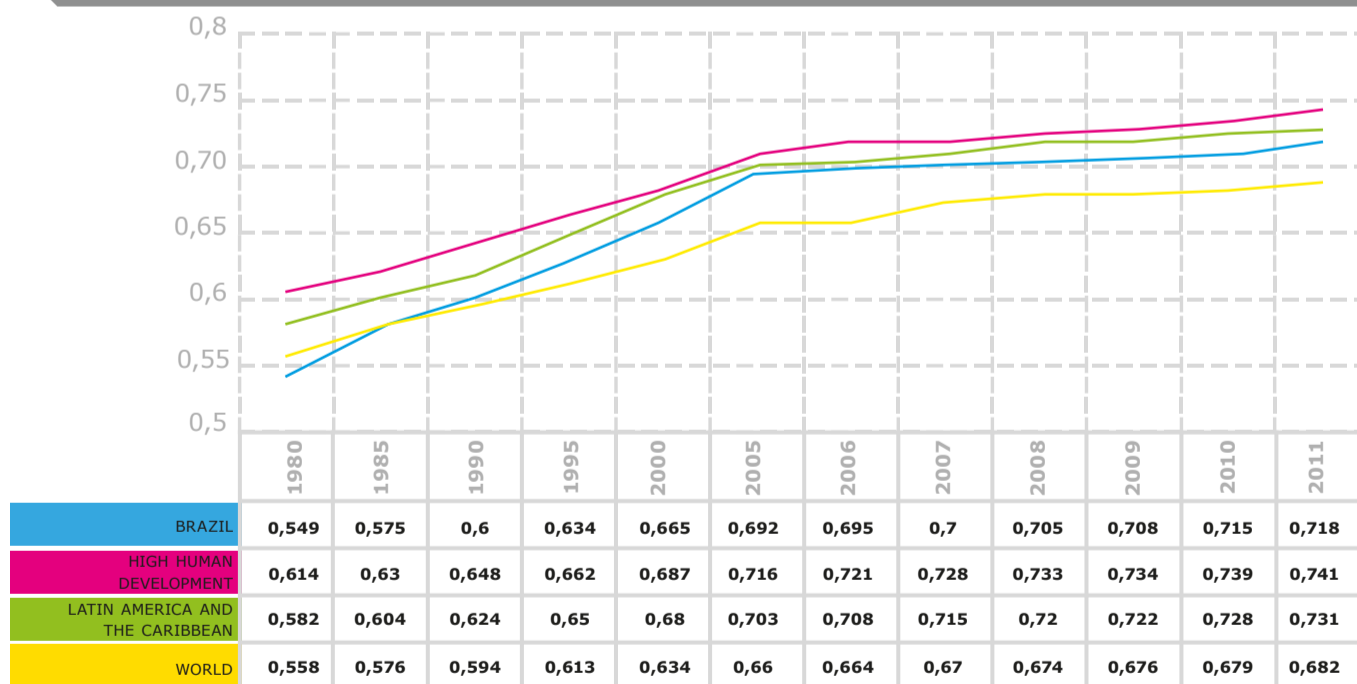
ANO	BR	IDH ALTO	AL E CARIBE	MUNDO
2012	0.730	0.758	0.741	0.694
2011	0.728	0.755	0.739	0.692
2010	0.726	0.753	0.736	0.690
2009	0.719	0.747	0.730	0.685
2008	0.716	0.745	0.729	0.683
2007	0.710	0.738	0.722	0.678
2006	0.704	0.732	0.715	0.672
2005	0.699	0.725	0.708	0.666
2000	0.669	0.695	0.683	0.639
1990	0.590	0.656	0.623	0.600
1980	0.522	0.605	0.574	0.561

FONTE: RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO DE 2013 DO PNUD. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://HDR.UNDP.ORG/EN/DATA](http://hdr.undp.org/en/data)>. ACESSO EM 28 NOV. 2016.

Esse aumento é significativo, mas, se comparado ao desenvolvimento do IDH mundial, ou mesmo com o IDH da América Latina, o Brasil fica atrás da média de ambos.

9

ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO



FONTE: RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO DE 2011 DO PNUD <[HTTP://HDR.UNDP.ORG/EN/COUNTRIES/PROFILES/BRA](http://hdr.undp.org/en/countries/profiles/bra)>. ACESSO EM: 28 NOV. 2016

Conforme dados do IPEA, em 2008, a extrema pobreza atingia 8,8% da população e a pobreza, 25,3%, sendo os dados superiores à média da América

Latina.²⁸ Segundo fontes do governo, em 2010, 16 milhões de brasileiros, ou seja, 8,6% da população, tinha renda mensal de até 45 dólares.²⁹

Em 2011, o IDH brasileiro chegou a 0,718, classificando-se na 84ª posição entre 187 países, sendo o índice claramente inferior, entre os países da América do Sul, ao do Chile (0,805), da Argentina (0,797), do Uruguai (0,783), da Venezuela (0,735) e do Peru (0,725).³⁰

Historicamente, houve significativa melhoria, sendo que, entre 1980 e 2011, o valor do IDH subiu de 0,549 para 0,718. Melhoraram notadamente a expectativa de vida (aumento de 11 anos), a média de escolaridade (4,6 anos a mais) e também a renda nacional bruta *per capita* (aproximadamente 40%).³¹

TABELA 2. INDICADORES SOCIAIS (BRASIL)

	EXPECTATIVA DE VIDA NO NASCIMENTO	EXPECTATIVA DE ANOS DE ESCOLARIDADE	MÉDIA DE ANOS DE ESCOLARIDADE	RNB PER CAPITA (PPP\$ 2005)	VALOR DO IDH
1980	62,5	14,1	2,6	7.306	0,549
1985	64,4	14,1	3,2	6.732	0,575
1990	66,3	14,1	3,8	6.978	0,600
1995	68,3	14,1	4,6	7.610	0,634
2000	70,1	14,5	5,6	7.698	0,665
2005	71,6	14,2	6,6	8.260	0,692
2010	73,1	13,8	7,2	9.812	0,715
2011	73,5	13,8	7,2	10.162	0,718

FONTE: <[HTTP://WWW.BR.UNDP.ORG/CONTENT/DAM/BRAZIL/DOCS/RELATORIOSDESENVOLVIMENTO/PRESSRELEASES/UNDP-BR-IDHBRASILNOTAEXPLICATIVA-2011.PDF](http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/relatoriosdesenvolvimento/pressreleases/undp-br-idhbrasilnotaexplicativa-2011.pdf)>. ACESSO EM: 2 DEZ. 2016.

Verificando o Índice de Desenvolvimento Humano Ajustado à Desigualdade (IDHAD), que leva em consideração a equidade no acesso a saúde, educação e renda, o Brasil cai para a 73ª posição entre 134 países, com desempenho pior do que o do Gabão (0,543) e o do Uzbequistão (0,549).³²

Os números do IPEA indicam um pico de 5 milhões de residências extremamente pobres³³ em 1993 e, novamente, em 2001, diminuindo, em 2009,

para 3 milhões. Em paralelo, havia, em 1993, mais de 28 milhões de pessoas extremamente pobres, ocorrendo outro pico em 2003, de 26 milhões, e diminuindo, desde então, para chegar, em 2009, a 14 milhões.³⁴ A diminuição é considerável, mas não deixa de ser indicativo de que, 20 anos após a entrada em vigor da Constituição “cidadã”, haja um número tão alto de pessoas plenamente excluídas do mercado de trabalho e da distribuição de bens.

A taxa de pobreza, com pico, em 1993, de 42,98%, teve diminuição contínua, baixando para 21,42%, em 2009.³⁵ Aqui também vale a observação anterior sobre o caráter alarmante dessa porcentagem, apesar do avanço.

Em resumo, constata-se que, apesar das inquestionáveis melhoras quantitativas, as políticas sociais com transferência de renda e a dinâmica econômica não modificam de maneira substancial o quadro da pobreza sistêmica e da desigualdade.³⁶

A Constituição e as políticas públicas não impedem que tenhamos babilônicos jardins suspensos cercados de favelas. Esse aspecto merece um estudo detalhado na perspectiva constitucional, sob pena de permanecermos em um formalismo normativo.

7.2 Tributação e desigualdade³⁷

Um sistema tributário eficiente deve contribuir com a diminuição das desigualdades sociais ao distribuir os ônus fiscais proporcionalmente à capacidade geral dos contribuintes. Nesta seção, propõe-se apontar que o sistema tributário brasileiro possui uma faceta altamente regressiva – que compõe uma análise do modelo de arrecadação e do gasto público – que fomenta a desigualdade, em violação da ordem constitucional.³⁸

Seguindo a classificação de Brunet, Berté e Borges (2012), afere-se aqui a qualidade dos gastos públicos por meio de uma abordagem essencialmente jurídico-institucional (pela qual os modelos de funcionamento de um setor são analisados com base na legislação e na configuração dos órgãos públicos) e econômico-social (pela qual apura-se a eficiência e a eficácia das ações estatais). Com isso, não foi abordada a questão pelo viés do federalismo brasileiro, na medida em que exigiria o desenvolvimento de um argumento autônomo de avaliação do modelo de repartição de competências alocativas, distributivas e de equilíbrio entre os entes (PIANCASTELLI; BOUERI; LIMA, 2006). Assim, manteve-se o enfoque sobre as relações de

resultado (*outcome*) obtidas pelos gastos públicos, em vez de sobre seus produtos (*outputs*).

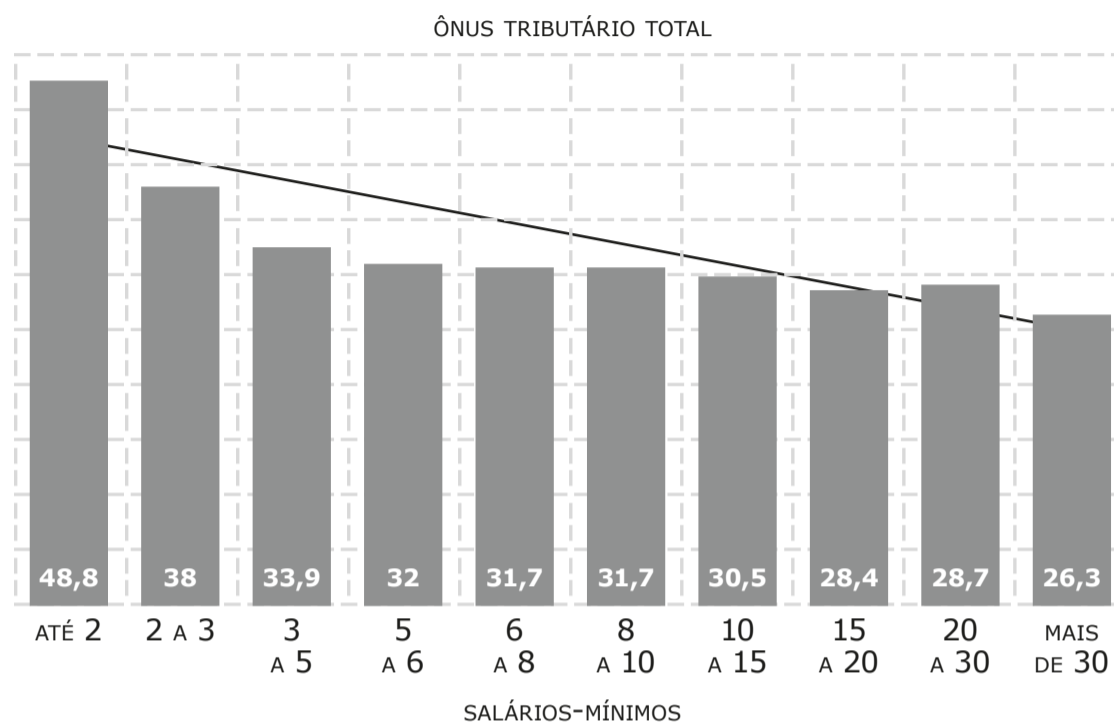
A arrecadação de tributos no Brasil onera os mais pobres. Em estudo de 2011, o IPEA diagnosticou que a regressividade da carga tributária total resulta em uma oneração injusta do orçamento familiar brasileiro, dado que, enquanto se compromete apenas 12% do orçamento dos 10% mais ricos, onera-se cerca de 30% do orçamento dos 10% mais pobres (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011).

Em grande parte, essa violação de equidade decorre da elevada carga de tributos indiretos, em comparação com a de tributos diretos. Tributos indiretos são embutidos em bens e serviços e, desse modo, não estão sujeitos a variações de progressividade. No Brasil, os impostos provenientes de bens e serviços correspondem a aproximadamente metade do total de impostos arrecadados em todas as esferas de governo (PEREIRA; CÂNDIDO JR., 2006). Com isso, o impacto de tais tributos sobre o orçamento de pessoas de renda mais baixa é muito maior do que sobre o orçamento de pessoas de renda mais alta:

[A] estrutura tributária brasileira é fortemente concentrada em impostos sobre consumo. *A tributação sobre consumo é notadamente regressiva, uma vez que a propensão a consumir decresce com a renda. Ou seja, pobres acabam pagando mais impostos porque gastam toda sua renda. Ricos pagam proporcionalmente menos porque poupam boa parte de sua renda. [...]* A regressividade da tributação sobre o consumo tem o efeito de reduzir a progressividade da tributação sobre a renda. No Brasil esse efeito regressivo da tributação sobre o consumo é particularmente grande devido à forte concentração da arrecadação tributária nos impostos sobre o consumo (PEREIRA; CÂNDIDO JR., 2006, p. 44, grifo nosso).

O estudo do Observatório de Equidade aponta que, em razão do elevado peso de tributos indiretos, em 2004, as pessoas com renda familiar de até dois salários mínimos gastaram quase metade de sua renda (48,8%) com pagamento dos vários tributos, enquanto a porcentagem diminuiu quase pela metade para pessoas com renda familiar acima de 30 salários mínimos (26,3%) (BRASIL, 2009).

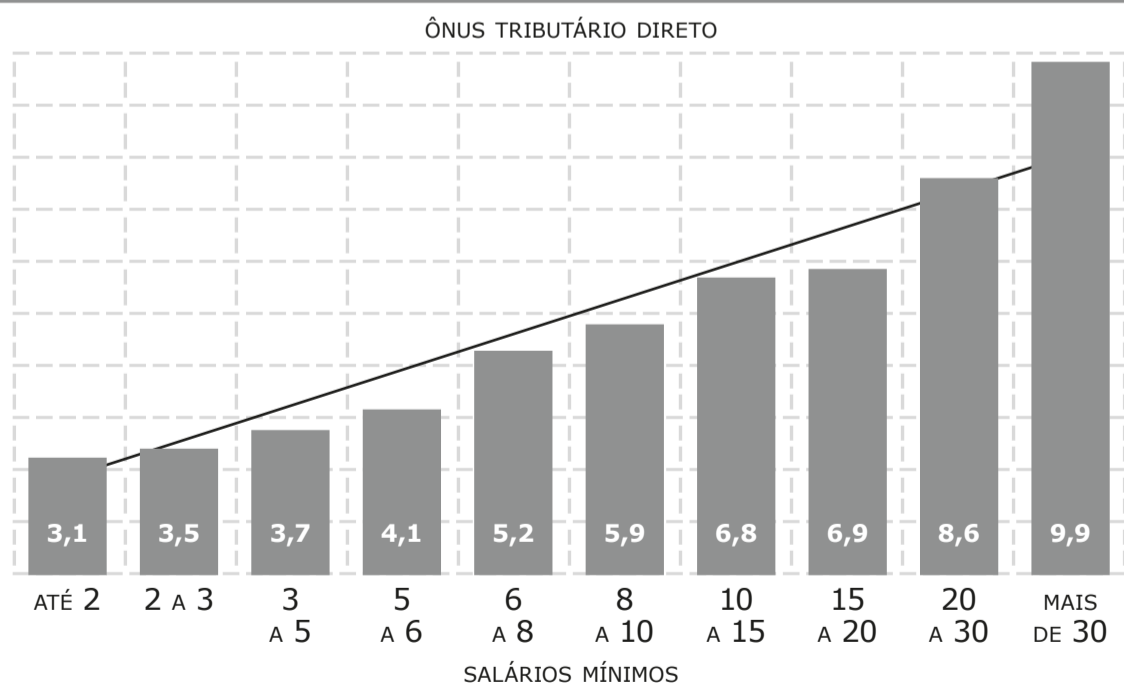
10 CARGA TRIBUTÁRIA SOBRE A RENDA TOTAL DAS FAMÍLIAS: 2004
(EM % DA RENDA MENSAL FAMILIAR)



FONTE: ZOCKUN (2007, APUD BRASIL, 2009)

No entanto, é igualmente visível o efeito inverso no gráfico que aferiu o impacto de tributos diretos proporcionalmente à renda familiar, onerando 3,1% do orçamento de famílias com renda de até dois salários mínimos e 9,9% do orçamento de famílias com renda acima de 30 salários mínimos.

11 CARGA TRIBUTÁRIA DIRETA E INDIRETA SOBRE A RENDA TOTAL DAS FAMÍLIAS: 2004
(EM % DA RENDA MENSAL FAMILIAR)



FONTE: ZOCKUN (2007, APUD BRASIL, 2009)

Considera-se que tais dados não são suficientes para aferir a real desigualdade no processo arrecadatório dos tributos no Brasil, pois os cálculos fundados sobre os impostos efetivamente recolhidos mascaram os benefícios adicionais que os mais ricos da população obtêm por fazerem uso de técnicas de elisão e de evasão fiscal, uma prática mais presente nos domicílios “cuja fonte de renda principal são a renda dos empregadores e a dos trabalhadores por conta própria [os quais] virtualmente não pagam IRPF” (SOARES *et al.*, 2009, p. 33). Por meio de práticas simples e conhecidas, como a declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física por meio de pessoa jurídica, bem como de técnicas avançadas e complexas que demandam o auxílio de advogados tributaristas, os mais ricos conseguem evitar o recolhimento de 80% do que seria devido sem a utilização dos meios de evasão e elisão:

Os domicílios que subsistem principalmente da renda de empregadores ou trabalhadores por conta própria quase não pagam imposto, evadindo ou elidindo 80% do que deveriam entregar ao fisco. Já as famílias cuja principal fonte de renda é um vínculo empregatício evadem 22% do que ganham, e os domicílios que dependem principalmente da previdência pública pagam mais IR que o que deveriam pagar (SOARES *et al.*, 2009, p. 30-31).

Apesar da eloquência desses dados, analisar os efeitos regressivos do sistema tributário brasileiro exige que se vá além da política arrecadatória, para apurar se o orçamento público tem sido gasto de modo a efetivamente promover a redução das desigualdades sociais. Assim, a despeito da necessária discussão a respeito da regressividade na estrutura de arrecadação tributária,³⁹ é preciso contemplar outras medidas de natureza fiscal utilizadas pelo poder público.

Avaliar o sistema tributário brasileiro apenas por sua carga de cobrança fornece uma perspectiva limitada a respeito de sua regressividade. Uma análise completa precisa conjugar o exame do processo de arrecadação com o da qualidade dos gastos públicos.⁴⁰ Segundo o IPEA, a desigualdade arrecadatória do sistema tributário tem progressivamente passado a ser compensada por uma política mais agressiva de gastos sociais:

Em 2003, essa compensação, na média, apenas neutralizava o efeito regressivo da tributação, redistribuindo os recursos de forma igualmente proporcional à renda média das famílias. Em 2009, observa-se que a transferência média de recursos públicos às famílias foi mais que proporcional, [...] [transformando] o gasto social em importante equalizador da distribuição de recursos (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011, p. 12).

O incremento de gastos com a previdência social, benefícios e garantias trabalhistas (seguro-desemprego, licença-maternidade, aposentadoria com benefícios ao trabalhador rural), educação e, especialmente, assistência social tendem a beneficiar a população mais pobre.

[...] a política social da última década corrigiu, nas camadas pobres e intermediárias de renda, a regressividade do sistema tributário mediante o gasto social progressivo. *Antes de alterar o regime de impostos, processo que demanda um esforço político concentrado e de médio prazo, a atuação da política social contornou o problema da injustiça tributária com a justiça social.* Entendendo a equidade fiscal como uma relação abrangente entre arrecadação e gasto público, e não apenas sob a ótica da tributação, essa perspectiva introduz novos olhares sobre como a reorganização possível das condições do Estado em operar políticas públicas enfrentou obstáculos antes dados como absolutos à consolidação dos direitos sociais e constitucionais (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011, p. 12-13, grifos nossos).

A despeito dos resultados positivos gerados por gastos no regime geral da previdência social, da educação, da saúde pública e da assistência social, cada um deles é capaz de conter facetas regressivas, como é o caso das aposentadorias e das pensões do funcionalismo público (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011).

O escopo desta seção não é apresentar propostas para tornar mais eficaz o gasto público, mas apontar como o atual desenho institucional do sistema tributário brasileiro endossa a desigualdade e, nesse sentido, viola a Constituição

brasileira em nome do que foi apontado como pacto social elitista, que inclui políticas altamente regressivas dentro de áreas de finalidade eminentemente equalizadora (ACCIOLI, 2012).

8 A ESTABILIDADE INTERPRETATIVA MEDIANTE A ATUAÇÃO DO STF: ESTUDO DE CASOS

8.1 Do ativismo judicial à estabilidade interpretativa⁴¹

A partir dos anos 2000, multiplicam-se os estudos que refletem sobre a judicialização da política e dos conflitos sociais no Brasil. A vasta bibliografia identifica o protagonismo do Judiciário brasileiro desde 1988, que interviria sempre mais ativamente em decisões sobre políticas públicas e mesmo no campo da política institucional, preenchendo espaços que o Legislativo e o Executivo não podem mais ocupar em razão de sua crise de legitimidade.⁴²

Tais estudos baseiam-se em pesquisas documentais da doutrina nacional e estrangeira, apontando tendências de ativismo judicial no Brasil com base em alguns exemplos de atuação forense. Há autores que louvam o ativismo, outros que o criticam, mas em ambos os casos falta pesquisa empírica metodologicamente rigorosa que permita dizer se as tendências de ativismo apontadas na doutrina indicam uma inclinação realmente ativista do Judiciário.

Um recente levantamento da jurisprudência do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade mostrou que o STF é extremamente deferente em relação ao Congresso Nacional, representando menos de 1% do total das leis declaradas pelo menos parcialmente inconstitucionais (POGREBIN-SCHI, 2011; SUNDFELD *et al.*, 2010, p. 78).

No âmbito do estudo da resiliência constitucional, interessa principalmente (mas não exclusivamente) o Supremo Tribunal Federal, autoridade judicial mais fortemente envolvida nas decisões sobre interpretação institucional e órgão que pode despontar como “contrapeso” ao bloco formado pelo Legislativo e pelo Executivo em um regime de presidencialismo de coalizão. Além da mencionada deferência perante o legislador federal, há várias indicações de que o STF exerce suas competências de maneira reticente. Podemos mencionar a irrelevância prática da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da

ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a cautela na criação de súmulas vinculantes, a extrema cautela na modulação de efeitos de suas decisões e a excessiva duração dos processos de controle abstrato que fazem com que leis criticadas como inconstitucionais não cheguem a ser julgadas antes de sua revogação.⁴³

Para comprovar o papel do STF e dos demais tribunais na construção do equilíbrio resiliente, seriam necessários estudos empíricos representativos e metodologicamente sofisticados. A nossa impressão é que o papel do STF é o de uma instância que garante a estabilidade interpretativa, sendo moderadamente ativo no controle dos demais poderes. O tribunal não questiona decisões e equilíbrios políticos relevantes, mas intervém frequentemente para realizar mudanças pontuais, atualizando o sistema normativo. Em paralelo, o Judiciário arbitra conflitos que o texto constitucional deixa em aberto. Por fim, os fortes poderes de controle normativo do Judiciário e, em particular, do STF impedem que majorias políticas tentem alterar o equilíbrio constitucional.

Analisaremos aqui empiricamente a atividade do STF em dois campos: primeiro, no controle das emendas constitucionais, ocasião em que veremos que assume papel bastante ativo, e, segundo, no controle das omissões legislativas, caso no qual evita interferir no campo legislativo suprindo omissões. Esses estudos têm caráter exploratório na análise da atuação forense em matéria constitucional.

8.2 Ativismo moderado do STF no controle das emendas constitucionais⁴⁴

O objetivo desta seção é examinar o modo como o Supremo Tribunal Federal exerceu concretamente esse controle nos quase 25 anos de vigência da Constituição Federal de 1988 e suas, por enquanto, 70 emendas constitucionais.

Até 13 de fevereiro de 2012, foram ajuizadas 89 ações diretas de inconstitucionalidade que envolvem questionamentos acerca de emendas constitucionais. Dessas ADIs, cinco possuem natureza material de ADO, na medida em que seu escopo é a concretização/implementação do conteúdo de normas introduzidas por emendas constitucionais. Desse modo, a partir da ordem inaugurada pela Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal recebeu 84 ADIs cujos objetos são a declaração de inconstitucionalidade de normas

trazidas por emendas constitucionais.⁴⁵

Na nova ordem constitucional, a confirmação do poder jurisdicional de controle de emendas constitucionais foi realizada pelo julgamento conjunto das ADIs n. 829, 830 e 833, cujo idêntico objeto se resumia ao questionamento da antecipação do plebiscito para determinar a forma e o sistema de governo do país, conforme a Emenda Constitucional n. 2/92. Em síntese, trata-se de ações ajuizadas em fevereiro de 1993 para questionar a antecipação do referido plebiscito, em decorrência das quais se substituiu a data de 7 de setembro pela de 21 de abril de 1993. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal foi instado a proferir julgamento de mérito em menos de dois meses e assim o fez: o Ministro Moreira Alves colocou em pauta a decisão liminar em 4 de março de 1993, e o julgamento de mérito foi realizado no dia 14 de abril do mesmo ano.

Nessa breve tramitação, os ministros afirmaram a possibilidade de controle das emendas constitucionais com respaldo na doutrina dos poderes “constituente” e “constituídos”, bem como nos dois precedentes históricos sobre a matéria: o *Habeas Corpus* n. 18.178, julgado em 27 de setembro de 1926, de relatoria do ministro Hermenegildo de Barros, bem como o Mandado de Segurança n. 20.257, julgado em 27 de fevereiro de 1981, de relatoria do próprio Ministro Moreira Alves.⁴⁶

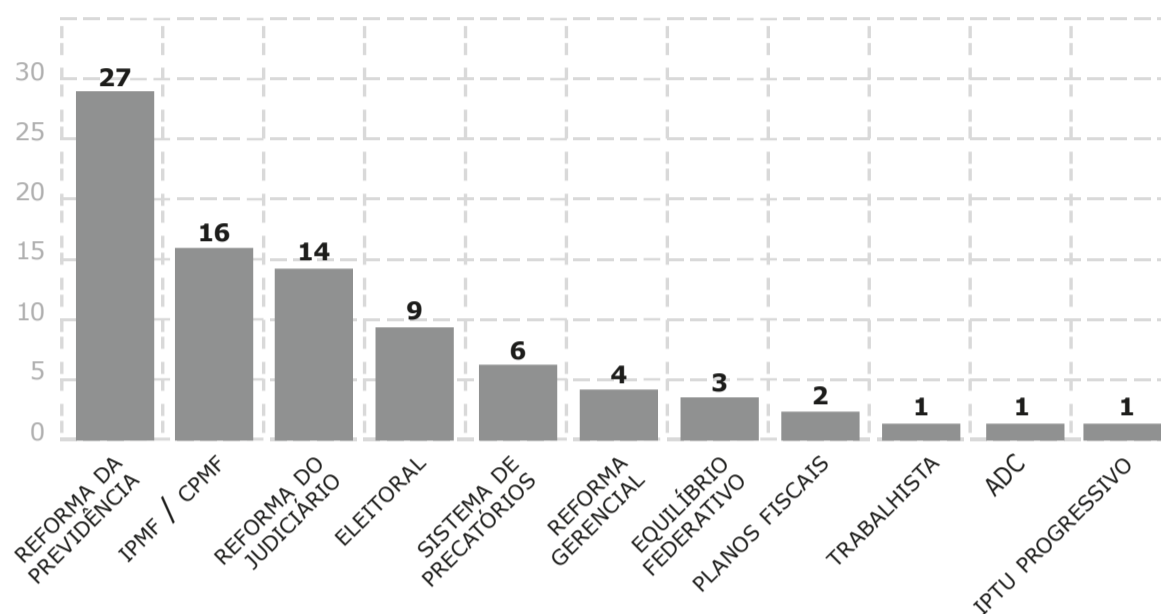
Contudo, a facilidade que a corte possuiu e possui para declarar sua competência de controle sobre emendas constitucionais não deve ser interpretada como propensão a barrar ou dificultar a modificação do texto constitucional.

● 8.2.1 PANORAMA DAS AÇÕES: TEMAS E ATORES

No exame das 84 ADIs de ataque às emendas constitucionais, é possível encontrar um temário mais variado (gráfico 12). Aproximadamente metade dessas ações (45 ações) é dedicada às grandes reformas constitucionais, quais sejam, reforma previdenciária (27), reforma do Judiciário (14) e reforma gerencial (4). Um quarto das ações questiona o Imposto Provisório sobre Contribuição Financeira (IPMF) e a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). O último quarto de ações, com exceção daquelas ligadas à temática eleitoral (9), lida com temas pontuais.

12 CONTROLE DE EMENDAS CONSTITUCIONAIS MEDIANTE
AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE⁴⁷

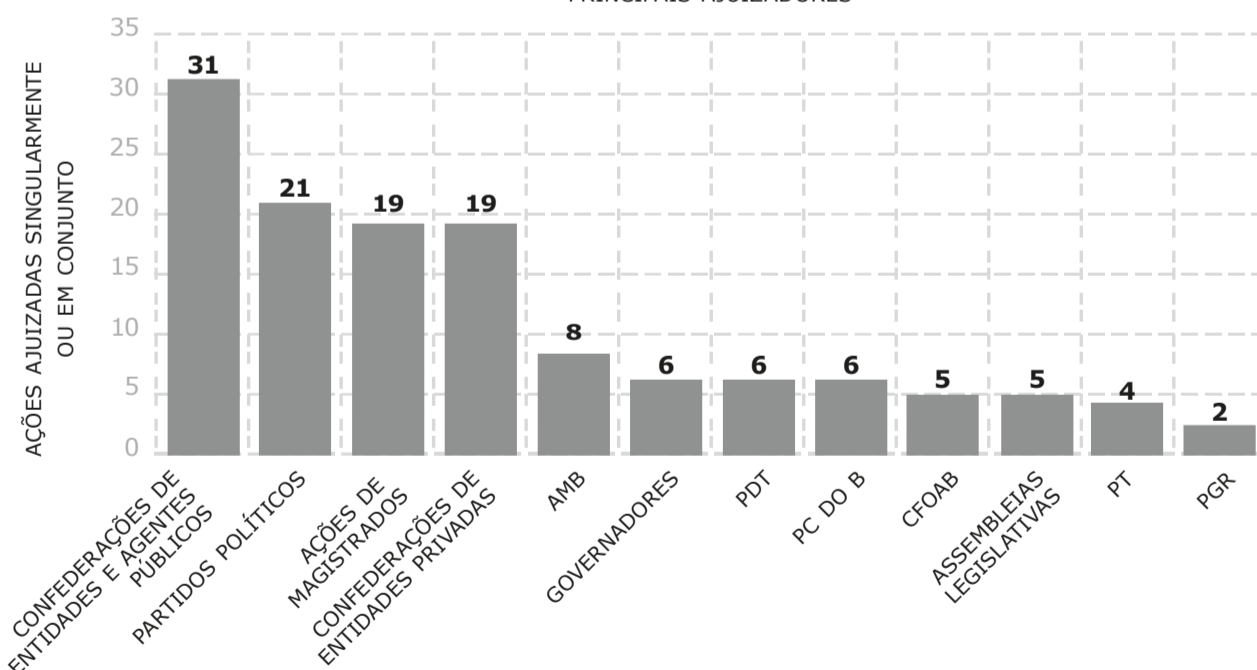
ADIs CONTRA ECs
84 PROCESSOS



O exame dos legitimados que propuseram ADI contra emenda constitucional indica uma forte disparidade, havendo alguns atores principais.

13 AJUIZADORES DE ADI CONTRA ECs⁴⁸

PRINCIPAIS AJUIZADORES



FONTE: <[HTTP://WWW.STF.JUS.BR/PORTAL/PRINCIPAL/PRINCIPAL.ASP](http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp)>. ACESSO EM: 29 SET. 2016.

A principal categoria de requerentes autorizados pelo art. 103 da Constituição Federal é, com larga vantagem, a de confederações sindicais e

entidades de classe de âmbito nacional. A categoria é responsável pelo ajuizamento de 50 das 89 ações, ou seja, aproximadamente 56% dos ajuizamentos. Contudo, é relevante pontuar que as confederações e as entidades de órgãos e agentes públicos são mais atuantes do que sua contraparte privada. No funcionalismo público, é destacado o papel das associações de magistrados, cujas 19 proposituras se igualam às 19 das confederações e das entidades do setor privado.

Os partidos políticos possuem também um alto índice de propositura (aproximadamente 25% de todos os ajuizamentos) se considerados categoria, mas nenhum ator isolado possui uma contribuição muito maior do que os demais. Partidos como Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Partido Comunista do Brasil (PC do B) foram responsáveis por ajuizar seis ações cada um, contando uma proposta conjuntamente.⁴⁹ Em verdade, é possível verificar uma grande variedade de atores, que congrega Partido Socialista Brasileiro (PSB), PDT, PC do B, Partido dos Trabalhadores (PT), Partido de Reedificação da Ordem Nacional (PRONA), Partido Liberal (PL), Partido Social Democrático (PSD), Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), Partido Verde (PV), Partido Social Liberal (PSL) e Partido da República (PR).

● 8.2.2 RESULTADO DOS JULGAMENTOS

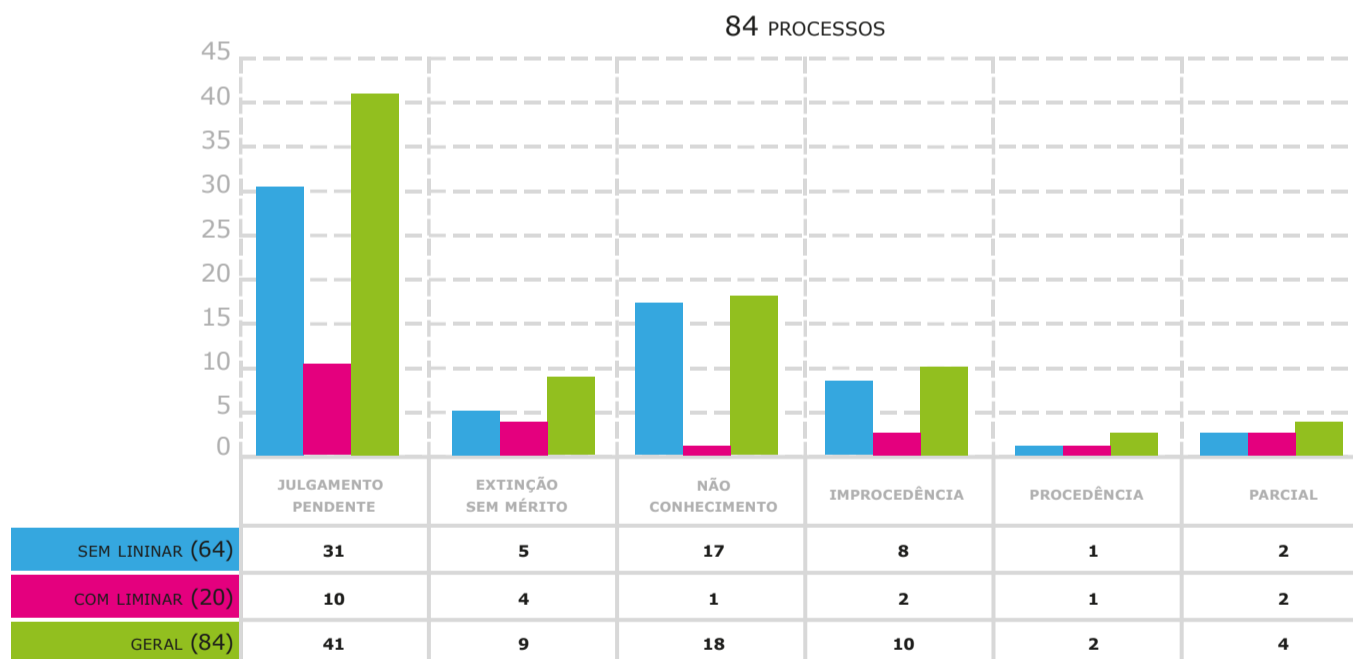
A maior parte da ADIs ajuizadas contra dispositivos normativos de emendas constitucionais não tiveram seu mérito julgado; mais precisamente, 41 das 84 ações (aproximadamente 49%) aguardam julgamento.⁵⁰ Esse dado deve ser analisado de maneira conjugada a outras informações, especialmente se for levado em consideração o prazo médio de julgamento das demandas (intervalo entre ajuizamento e julgamento de mérito): de dois anos e dez meses;⁵¹ quase um ano a menos do que o tempo médio de julgamento de ADIs (três anos e oito meses) (NASCIMENTO, 2007), mas próximo do prazo médio de julgamento de processos em geral por decisões colegiadas (dois anos e três meses) (COSTA *et al.*, 2010).

É relevante apontar que aproximadamente 20% de todas as ações ajuizadas não foram conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, para os ministros, tais ações não preencheram os requisitos necessários para que se julgue uma ação direta de inconstitucionalidade. Dessas 18 ações não conhecidas, apenas uma teve julgamento liminar, mas ela foi indeferida.⁵²

Outros 10% de todas as ações foram extintos sem julgamento de mérito, todos por *perda superveniente do objeto*, com exceção da ADI n. 3.291, na qual houve desistência da parte. Contudo, desses dez processos, quatro receberam julgamento liminar/cautelar e, destes, metade recebeu o juízo de deferimento total⁵³ e a outra metade, de indeferimento total.⁵⁴ De todo modo, aproximadamente 30% (23 ações) de todas as ADIs ajuizadas para questionar dispositivos de emendas constitucionais puderam ser decididas sem juízo de mérito.

Seria apressado, contudo, pela análise meramente quantitativa desses dados, inferir que o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito de apenas 20% das ADIs ajuizadas para atacar normas postas por emendas constitucionais. Na verdade, muitos desses processos versam sobre temas já decididos pela Corte em outros casos. É indicativo o caso da ADI n. 2.096, ajuizada em novembro de 1999 com o escopo de questionar a Emenda Constitucional n. 20/98, cujos autos estão conclusos com o relator Ministro Celso de Mello desde fevereiro de 2003.

14 RESULTADO QUANTITATIVO DE ADIs CONTRA ECs



FONTE: <[HTTP://WWW.STF.JUS.BR/PORTAL/PRINCIPAL/PRINCIPAL.ASP](http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp)>. ACESSO EM: 29 SET. 2016.

Da lista de 41 ações cujo julgamento está pendente, dez delas já tiveram decisão liminar ou cautelar. Dos 30 processos restantes, 12 tratam da reforma da previdência e nove sobre a reforma do Judiciário. Com isso, restam menos de dez processos que ainda não foram efetivamente julgados, como as ADIs ns. 2.199, 3.653, 3.800 e 4.440.

Retirada a falsa impressão de que os julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade que questionam dispositivos de emendas constitucionais são, em regra, postergados – inclusive levando em consideração o tempo médio de julgamento já indicado (dois anos e dez meses) –, é preciso apurar como o Supremo Tribunal Federal efetivamente julga tais ADIs.

● 8.2.3 RESULTADO DOS JULGAMENTOS DE MÉRITO

O Supremo Tribunal Federal se posicionou pela improcedência, total ou parcial, em 80% dos julgamentos de mérito que realizou – improcedência total em dez deles e improcedência parcial em três –, mas nos quais a improcedência recaiu sobre ponto relevante da questão jurídica debatida (em um total de 16 processos). É importante notar que essas decisões de improcedência tenham sido tomadas em relação às grandes reformas realizadas pelo Congresso Nacional, como o cerne da reforma da previdência e da reforma do Judiciário. Nos casos de decisão parcial, o tribunal deu improcedência à aplicabilidade imediata do IPMF, à prorrogação da CPMF e à instituição de contribuição previdenciária aos servidores públicos inativos.

Nos casos de questionamento da reforma da previdência carreada pela Emenda Constitucional n. 41/2003 (ADIs n. 3.105 e 3.128), a decisão de procedência deixou intacto o intuito central da reforma, qual seja, a implementação de contribuição de servidores públicos inativos. A porção de procedência diz respeito às *regras* de teto remuneratório em diferentes entes federativos. No julgamento de constitucionalidade da prorrogação da CPMF, o tribunal foi permissivo, apenas para, ao final, declarar a inconstitucionalidade de disposições estranhas à prorrogação do tributo. O debate a respeito da CPMF teve início com o julgamento da ADI n. 939, na qual se reconheceu a constitucionalidade do IPMF. Contudo, a emenda constitucional foi declarada inconstitucional por desrespeitar o princípio da anualidade das normas tributárias, tido como garantia fundamental, logo como cláusula pétrea que limita o poder constituinte reformador.

Por último, os dois casos de procedência total são a ADI n. 1.946, pela qual se rejeitou que o governo limitasse o valor mensal a ser custeado pela seguridade social no caso do benefício de licença-maternidade, bem como a ADI n. 3.685, na qual o Supremo Tribunal Federal fez valer o princípio da anterioridade eleitoral para as regras de coligação partidária trazidas

pela Emenda Constitucional n. 52/2006, postergando sua aplicação para as eleições seguintes.

Houve apenas uma oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal resistiu, em decisão de mérito, ao cerne da pretensão reformadora do Congresso Nacional sobre a Constituição de 1988: a ADI n. 1.946, de relatoria do Ministro Sydney Sanches. É relevante apontar que o Supremo também indicou a prevalência de garantias relativas ao regime de aplicação temporal de lei nas ADIs n. 939 e 3.685, conferindo-lhes o *status* de garantia fundamental e, portanto, de cláusula pétrea.⁵⁵

● 8.2.4 RESULTADO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – LIMINARES DEFERIDAS

Há dez processos de ADIs nos quais o Supremo Tribunal Federal concedeu o pedido liminar e postergou o julgamento de mérito, seja até a perda do objeto (20%), seja de maneira indefinida (80%). Dentre os oito casos nos quais houve deferimento cautelar do pedido de inconstitucionalidade, mas cujo julgamento de mérito ainda está pendente, o STF foi assertivo, no entanto, em cada um por razões diferentes.

● 8.2.5 CONCLUSÃO

Em 84 ações diretas de controle de constitucionalidade há 12 decisões de deferimento do pedido de inconstitucionalidade de emendas. Em duas ações, o controle incidiu sobre a correta interpretação da norma veiculada por emenda constitucional, enfatizando e reforçando, inclusive, os resultados dos debates parlamentares: ADIs 3.395 e 3.684, ambas com julgamento de mérito pendente. Ambos os casos tratam da competência da Justiça do Trabalho após a ampliação promovida pela “reforma do Judiciário” (EC n. 45/2004). Nesses casos, é possível questionar se houve efetivamente controle do conteúdo, mas, para fins deste trabalho, sustentar-se-á genericamente que houve.

Em dois casos, o controle sobre o conteúdo se fundamentou em vício no processo legislativo: ADIs ns. 3.472 e 2.135; a primeira foi extinta por perda de objeto, e o julgamento de mérito da última está pendente. A ADI n. 3.472 diz respeito ao processo de nomeação de membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público criados pela “reforma do Judiciário” (EC n. 45/2004), enquanto a ADI n. 2.135 diz respeito ao regime

jurídico único de servidores públicos combatido pela “reforma gerencial” (EC n. 19/98). Apesar de outros possíveis níveis de controle presentes nas argumentações dos ministros, o vício no processo legislativo apareceu como fundamentação predominante ou até mesmo exclusiva nos votos.

Em quatro ações, o controle incidiu sobre a aplicabilidade das normas veiculadas por emendas constitucionais: ADIs ns. 939, 3.685, 4.307 e 4.310; as duas primeiras foram julgadas no mérito, e o julgamento de mérito das duas últimas está pendente. A ADI n. 939 censurou o desrespeito do princípio da anualidade tributária pelo IPMF (art. 150, III, *b*, da CF/1988) (EC n. 3/2009); nas ADIs ns. 3.685, 4.307 e 4.310, o STF impediu que normas que afetam o processo eleitoral fossem aplicadas imediatamente, considerando que as ECs ns. 52/2006 e 58/2009 violaram o princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da CF/1988).

Em quatro ações, o controle incidiu sobre o conteúdo substantivo das emendas constitucionais: ADIs ns. 1.946, 2.356, 2.362 e 3.854; a primeira foi julgada no mérito, e o julgamento de mérito das outras três está pendente. Nesses quatro casos, é possível identificar uma real oposição do Supremo à pretensão do poder constituinte reformador com base na *reserva de justiça* da Constituição. Na ADI n. 1.946 rejeitou-se que o governo limitasse o valor mensal a ser custeado pela seguridade social no caso do benefício de licença-maternidade, na primeira “reforma da previdência” (EC n. 20/98), enquanto na ADI n. 3.854, o Supremo negou validade a novo regime de teto remuneratório das magistraturas federal e estadual trazido pela segunda “reforma da previdência” (EC n. 41/2003). Já no caso das ADIs ns. 2.356 e 2.362, julgadas conjuntamente, o Supremo se opôs à dilação de prazo no pagamento de precatórios, trazida pela EC n. 30/2000.

Nossa análise indica que o tribunal usa largamente seus poderes para deferir a si próprio poderes “supremocráticos” (VIEIRA, 2008), mas utiliza tais poderes de maneira modesta, tanto no âmbito quantitativo quanto no qualitativo. Dos 12 casos em que houve interferência do Supremo sobre o conteúdo das emendas constitucionais, seis dizem respeito à violação de regras claras, de processo legislativo ou de aplicação temporal das normas, e em duas ocasiões a interpretação reforçou os resultados do processo legislativo. Apenas em quatro decisões (5% do total de 84 ADIs), o STF foi refratário ao conteúdo de mudanças normativas substanciais promovidas por meio de emendas. O potencial do Supremo para barrar mudanças no texto constitucional não mitigou, na prática, a resiliência da Constituição Federal de 1988.

8.3 O papel passivo do STF no controle das omissões inconstitucionais⁵⁶

O propósito desta seção é examinar o controle de constitucionalidade por omissão exercido pelo STF. Por meio da análise de um conjunto de julgados do tribunal em ADOs e mandados de injunção (MI) no período compreendido entre 1988 e 2009, objetiva-se detectar como o STF decide os casos de omissão legislativa.

O tema do controle de constitucionalidade por omissão merece destaque, pois, assim como o controle de constitucionalidade de normas jurídicas, afeta a relação entre os poderes. Isso porque compete ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma omissão dos poderes eleitos, quando inviabilizada a efetividade de um preceito constitucional. Nos casos em que o tribunal supre a ausência de uma norma regulamentadora, em especial, ele acaba por influir na atividade legislativa, o que se reflete na dinâmica da separação de poderes.

Pelo banco de jurisprudência disponibilizado no site do tribunal, foram selecionadas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e mandados de injunção julgados pelo STF no período compreendido entre 1988 e 2009. Esse recorte metodológico permitiu a delimitação do objeto de estudo, formado por 461 ações judiciais referentes às omissões legislativas.

A hipótese sustentada aqui é a de que *o STF adotou uma posição cautelosa, uma vez que assumia uma posição mais assertiva apenas quando detectava a recorrente omissão do legislador.*

O art. 5º, LXXI, da Constituição prevê que o mandado de injunção pode ser proposto sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O MI consiste, portanto, em uma ação constitucional destinada à defesa de interesses subjetivos contra a omissão do legislador e tem como pressuposto a demonstração de que o exercício de um direito do impetrante está sendo concretamente obstado pela ausência de regulamentação.

Ao lado desse instrumento, a Constituição introduziu também um sistema de controle concentrado da omissão, previsto no art. 103, § 2º, que se refere à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Essa ação está voltada à proteção da ordem constitucional, pois visa sanar, de forma geral e abstrata,

as omissões inconstitucionais do ordenamento. A ADO está ligada ao ato omissivo em tese, não sendo necessário que ela esteja relacionada a um caso concreto de violação, diferentemente do que ocorre com o mandado de injunção. A declaração de inconstitucionalidade por omissão é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

O levantamento dos dados extraídos dos casos examinados possibilitou a construção do gráfico a seguir, que distingue três situações: 1) aquela em que o STF entende que está configurada a omissão legislativa; 2) a de inexistência da omissão; e 3) aquela em que o STF não chegou a decidir sobre a existência ou inexistência da omissão, pois negou seguimento à ação por questões processuais.

Os dados revelam que o tribunal entendeu que não estava configurada a omissão legislativa em 220 casos, o equivalente a 48% do total de decisões analisadas. As razões que levaram o STF a decidir pela não caracterização da omissão são de cinco ordens: 1) o direito previsto na Constituição é auto-aplicável, não dependendo de regulamentação para que seja concretizado; 2) o legislador já editou norma regulamentadora capaz de viabilizar o exercício do direito constitucional pleiteado, ou seja, o direito já foi regulamentado; 3) não há previsão constitucional do dever estatal de elaborar a norma sobre o pretense direito do impetrante, uma vez que se pleiteia a edição de norma regulamentadora que viabilize direito previsto na legislação infraconstitucional; 4) não há dever constitucional de legislar, pois o dispositivo da Constituição confere ao legislador apenas a faculdade de editar norma regulamentadora, e não a obrigação de fazê-lo; e 5) não há tempo hábil para o legislador regulamentar o direito constitucional, pois o tribunal considerou, em determinada ocasião, que se configure situação de omissão abusiva no adimplemento da prestação legislativa (é o caso do art. 5º, LXXVIII, da CF, que entrou em vigor em dezembro de 2004 e foi objeto de MI em janeiro do ano seguinte).

Constata-se, no entanto, que o STF considerou o legislador omissor em 122 casos. Isto é, em 26% do total das decisões, o tribunal entendeu que a autoridade descumpriu com a obrigação constitucional de legislar.

A terceira situação detectada nas decisões examinadas refere-se aos casos em que o STF não chegou a decidir sobre a existência ou não de omissão legislativa, uma vez que não analisou o mérito do problema em questão,

visto que esbarrou em irregularidades processuais que o impediram de fazê-lo. Tais casos representam 26% do total de decisões examinadas, o que corresponde a 119 decisões. Levando-se em consideração que o total de casos examinados é 461, verifica-se que o número de decisões pautadas em questões processuais – sem decisão final – é bastante significativo.

As chamadas “questões processuais” são de várias ordens. A primeira corresponde à falta de legitimidade daquele que propôs a ação, por não ser titular do direito pleiteado. Em segundo lugar, é possível apontar para a ausência de legitimidade daquele que está sendo demandado (ilegitimidade passiva). Nos casos de omissão legislativa, considera-se que os atores que não possuem o poder de editar normas não podem figurar no polo passivo da ADO e do MI, porque o que se pretende com elas, em última análise, é o suprimento da omissão legislativa pela autoridade competente. E, se não cabe ao demandado a elaboração de normas, não há razão para ele figurar no polo passivo. Há também um terceiro aspecto processual que faz com que o tribunal negue seguimento à ação: a impossibilidade jurídica do pedido, que se configura nos casos em que inexistente norma constitucional dependente de regulamentação. Além disso, nas ações em que se pleiteia a liminar, o STF determinou, em reiteradas decisões, que essa medida não é cabível em mandado de injunção por ser incompatível com a sua natureza.

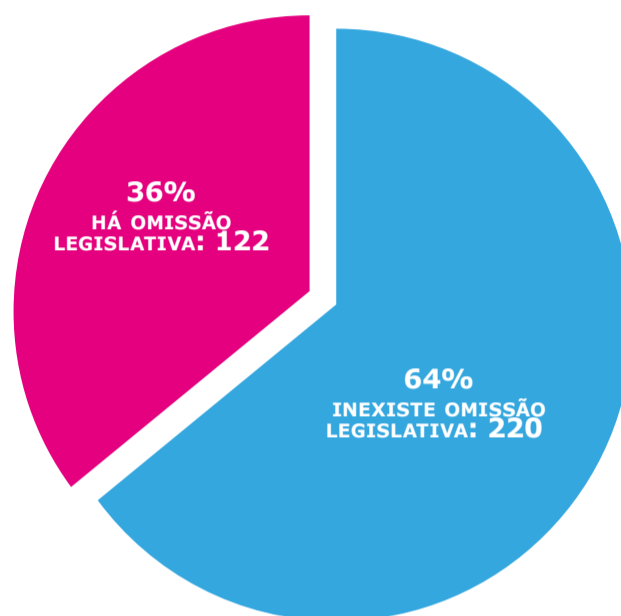
Tais decisões, fundadas em questões processuais, não têm grande relevância para o presente estudo, pois o que se quer é descobrir como o STF decide o mérito das ações em que se verifica a omissão do legislador.

De qualquer modo, convém ressaltar que algumas vezes os ministros fazem considerações relevantes em decisões de cunho processual, apesar de não decidirem o mérito da ação. Trata-se, por exemplo, do MI 715/DF, que teve seu seguimento negado por não se achar (ainda) caracterizado o estado de mora legislativa do Congresso Nacional. Nesse caso, o STF introduziu um novo critério para definir se estava configurada ou não a omissão do legislador. Com base nele, é imprescindível que ocorra uma abusiva situação de inadimplemento da prestação legislativa. A excessiva demora do legislador em regulamentar o texto constitucional qualifica-se, portanto, como requisito condicionante para a concessão do MI.

O gráfico a seguir explicita os resultados quanto à existência ou não de omissões legislativas apenas nos casos em que houve decisão final, excluindo-

do-se os casos não decididos porque ausentes determinados requisitos formais da ação. Levando em conta essas características, são 342 as decisões que serviram de base para a representação a seguir.

15 EXISTÊNCIA OU NÃO DE OMISSÃO LEGISLATIVA NOS CASOS EM QUE HÁ DECISÃO FINAL (1988-2009)



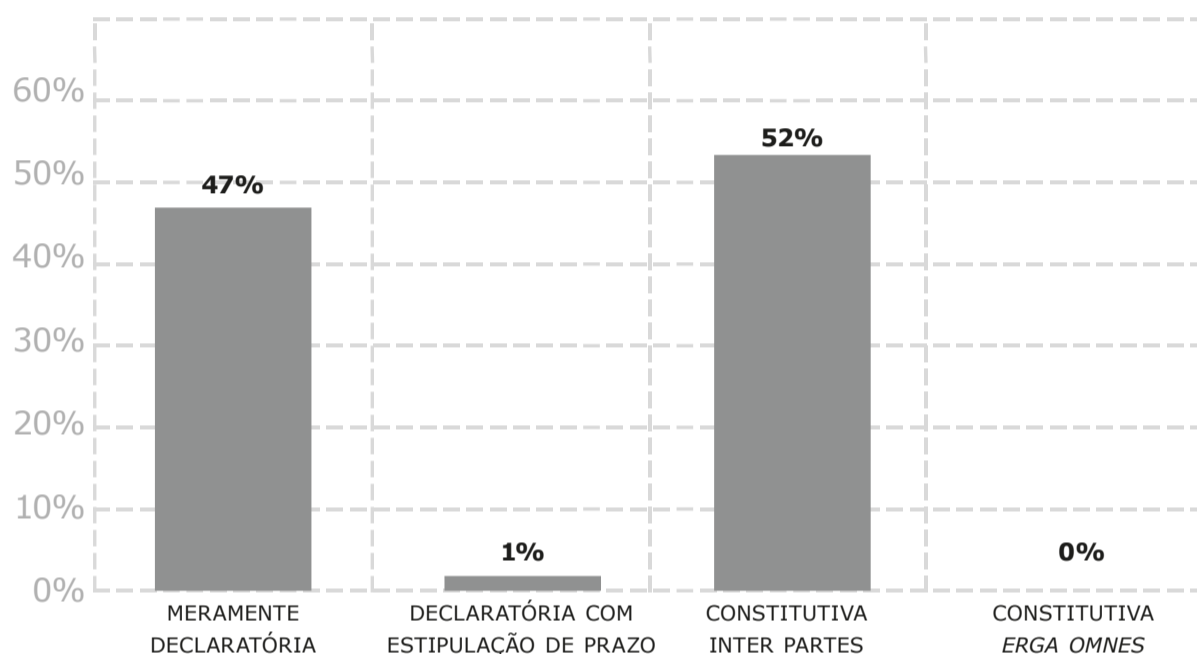
FONTE: ELABORAÇÃO PRÓPRIA COM BASE NO BANCO DE JURISPRUDÊNCIA DO STF.
BASE: 342 AÇÕES. ACESSO EM: 2 DEZ. 2016.

O STF reconhece a existência de omissão legislativa em uma parcela pequena das decisões proferidas. São apenas 36% dos casos, ou seja, 122 decisões. São essas as ações que serão objeto de estudo a partir daqui.

No banco de dados que serve de base para esta pesquisa empírica, há quatro tipos de decisões que o STF poderia tomar nos casos de omissão legislativa. São elas: 1) a meramente declaratória, caso em que o tribunal reconhece a existência da omissão do legislador e apenas dá ciência desta à autoridade competente para edição da norma regulamentadora; 2) a declaratória com estipulação de prazo, quando o STF, além de declarar a omissão, estabelece prazo para o cumprimento da obrigação constitucional de legislar; 3) a constitutiva *inter partes*, situação em que o STF define qual o direito que deve ser aplicado no caso concreto até que sobrevenha norma regulamentadora editada pelas autoridades competentes; e 4) a constitutiva *erga omnes*, que se dá nas hipóteses em que o tribunal diz o direito a ser aplicado aos casos análogos àquele que está sendo julgado, não se limitando, portanto, ao caso concreto.

As categorias não são mutuamente excludentes, mas refletem os diferentes graus possíveis de atuação do tribunal, que vão desde a mera declaração da omissão legislativa, sem imposição de prazo para o cumprimento da decisão judicial, até a definição da norma a ser aplicada em todos os casos análogos à situação concreta em julgamento.

16 TIPOS DE DECISÃO EM QUE SE RECONHECE A OMISSÃO (1988-2009)



FONTE: ELABORAÇÃO PRÓPRIA COM BASE NO BANCO DE JURISPRUDÊNCIA DO STF. BASE: 122 AÇÕES

Entre as decisões que reconhecem a existência de omissão legislativa, 52% (64) são constitutivas *inter partes*, enquanto as meramente declaratórias representam 47% do total (57). Houve apenas um caso (1%) em que o STF estipulou prazo para o cumprimento da decisão, pois entendeu que, diante da impossibilidade de se punir o legislador na hipótese de não edição da norma regulamentadora no prazo estabelecido pelo tribunal, não havia razão para atuar dessa forma.

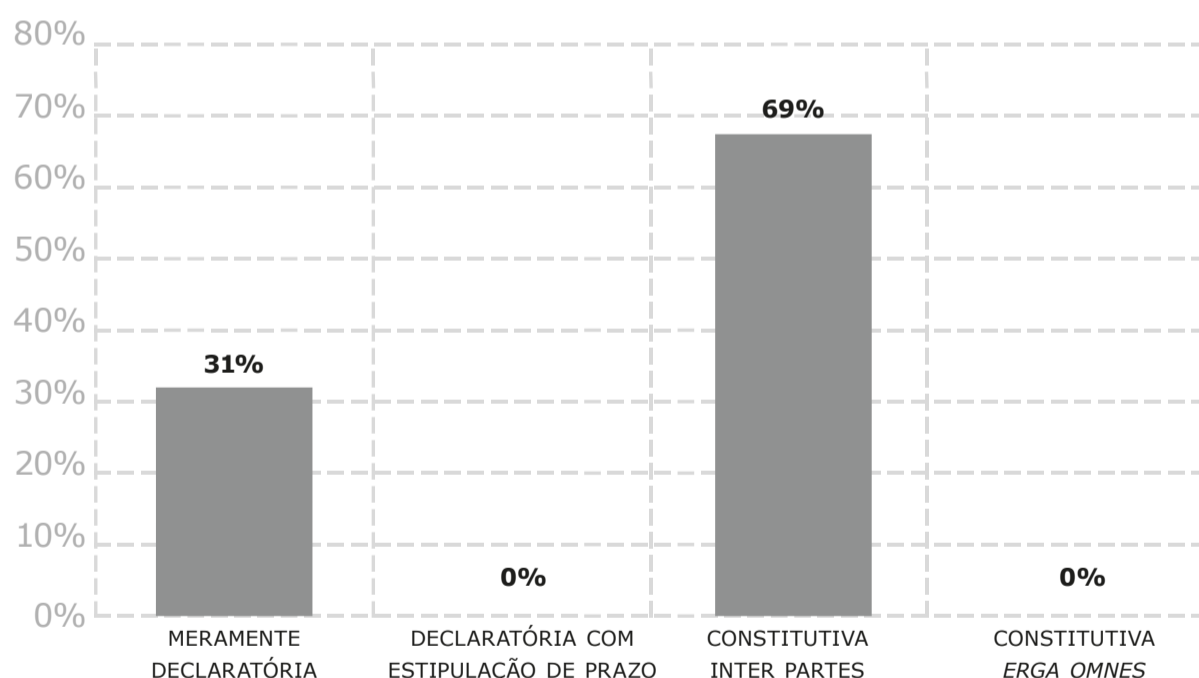
Não foram proferidas decisões constitutivas *erga omnes*. Isso mostra que o STF se preocupou em decidir as ações de omissão legislativa sem ultrapassar os limites do caso concreto. Ou seja, nos casos em que o tribunal define o direito aplicável, não propõe uma solução que vale para todos os casos análogos, mas toma o cuidado de restringir os efeitos da decisão constitutiva apenas às partes envolvidas na ação, sem fazer as vezes de legislador.

Pelo gráfico, nota-se que, na maior parte dos casos, o tribunal não se limita a declarar a omissão legislativa. Ele vai além, ao dizer o direito a ser aplicado ao

caso concreto até que o legislador crie a norma regulamentadora faltante. Vale ressaltar que, quando o STF determina a regra aplicável ao caso concreto, está aplicando uma lei já existente no ordenamento jurídico. É o caso do direito de greve dos servidores públicos, em que o STF determinou a aplicação da lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada enquanto não fosse editada a regulamentação própria da greve dos servidores públicos.

Ressalte-se que a grande quantidade de decisões meramente declaratórias pode ser explicada pelo fato de o gráfico incluir as decisões proferidas em sede de ADO, cujos efeitos consistem apenas na declaração da omissão ao órgão competente. Incluí-las nessa análise prejudica o exame da atuação do STF nos casos em que ele efetivamente possui a liberdade de decidir pela mera declaração ou pela constituição do direito a ser aplicado ao caso. Desse modo, convém analisar separadamente os dados extraídos das decisões proferidas em sede de mandado de injunção e os extraídos das decisões proferidas nas ADOs. Assim, a base de decisões, no primeiro caso, é composta de 93 ações e, no segundo caso, de 29 ações.

17 TIPO DE DECISÃO QUE RECONHECE A OMISSÃO LEGISLATIVA EM MI (1988-2009)

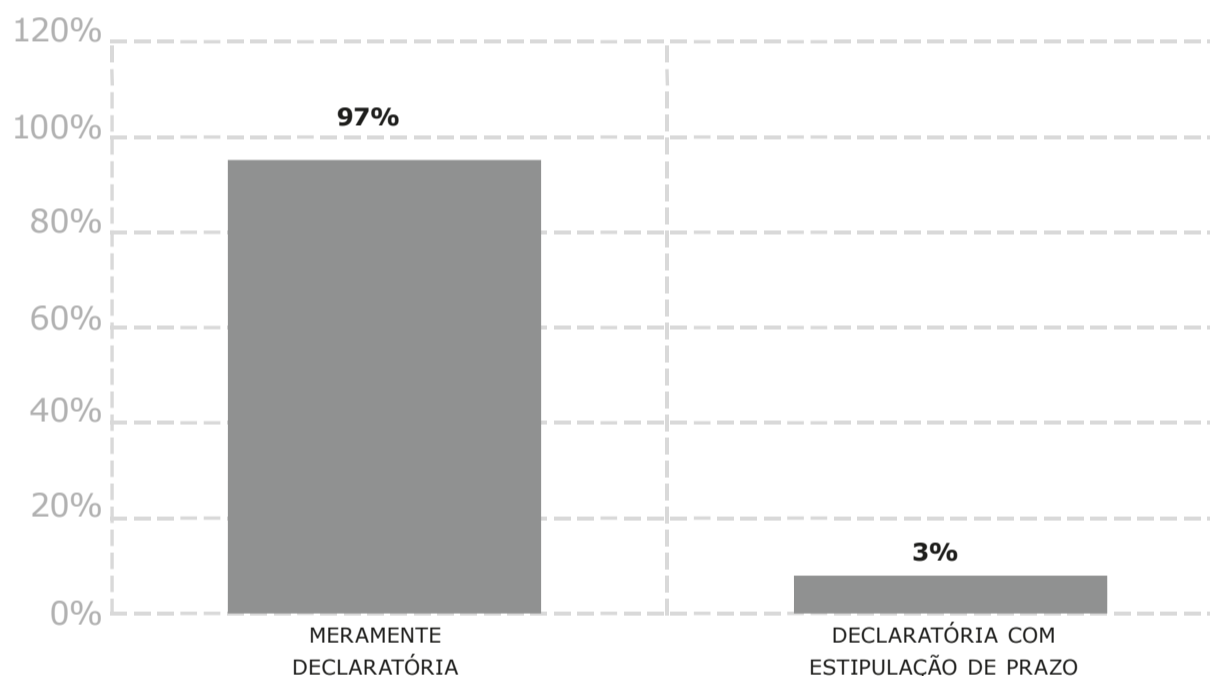


FONTE: ELABORAÇÃO PRÓPRIA COM BASE NO BANCO DE JURISPRUDÊNCIA DO STF. BASE: 93 AÇÕES

Quando se trata apenas de mandado de injunção nos quais se reconheceu a omissão, enquadram-se nesse conjunto 93 decisões analisadas. Considerando esse total de decisões, verifica-se que as decisões meramente

declaratórias caem de 57 para 29, o que representa 31% do total das decisões analisadas. As ações de natureza constitutiva *inter partes* correspondem a 69% do total de casos em exame (64 decisões). Em apenas um caso o tribunal estabeleceu prazo para o legislador editar a norma regulamentadora que viabilizasse o direito constitucional. A baixa ocorrência desse tipo de decisão, como já explicitado, justifica-se pelo fato de não haver uma forma de punir o legislador caso ele não cumpra com a determinação judicial. Nesse sentido, os ministros do STF entenderam que a estipulação de prazo é ineficaz, pois não garante ao demandante a concretização do direito requerido.

18 TIPOS DE DECISÃO EM QUE RECONHECE A OMISSÃO NAS ADOs (1988-2009)



FONTE: ELABORAÇÃO PRÓPRIA COM BASE NO BANCO DE JURISPRUDÊNCIA DO STF. BASE: 29 AÇÕES

Com relação às decisões proferidas em ADO, constata-se que o tribunal reconhece a omissão e dá ciência desta à autoridade competente em 28 casos, o que corresponde a 97% do total. Em somente um caso, que equivale a 3% do total, o STF, em vez de apenas declarar a omissão, impôs prazo para o cumprimento da obrigação de legislar. Isso mostra que o tribunal atendeu ao disposto no art. 103, § 2º, da Constituição, uma vez que se ateve a seu mandamento de declarar a inconstitucionalidade por omissão e dar ciência desta à autoridade omissa para que fossem tomadas as providências necessárias. O STF, portanto, não procurou inovar quanto aos efeitos das ADOs.

No que diz respeito aos mandados de injunção, cujas decisões têm efeitos mais controversos do que as das ADOs, os dados mostram que existem mais ações em que o STF proferiu decisão de caráter constitutivo do que decisões de caráter meramente declaratório. Isso poderia indicar uma postura mais propositiva do STF ao optar, na maioria dos casos, por determinar o direito aplicável ao caso concreto, em vez de apenas declarar a omissão do legislador. Mas será que a análise quantitativa das ações pode indicar, por si só, a postura do tribunal?

O STF, ao longo das duas últimas décadas, adotou posicionamentos distintos em relação aos efeitos das decisões proferidas em sede de mandado de injunção. Em uma longa evolução de posicionamentos, a decisão passou, de meramente declaratória, a ter caráter constitutivo, isto é, o STF passou a ditar a regra capaz de concretizar o direito do impetrante.

O primeiro resultado é que foi declarada a omissão legislativa em uma parcela pequena dos casos examinados pelo STF durante o período de 1988 a 2009. A maior incidência refere-se às ações em que se decidiu pela inexistência da omissão do legislador.

Considerando apenas os casos em que se reconhece a omissão legislativa, foram examinados quais os tipos de decisão proferidos pelo tribunal. No que concerne às ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, a quase totalidade das decisões é meramente declaratória, respeitando-se o disposto no art. 103, § 2º, da Constituição. Com relação aos mandados de injunção, por sua vez, houve um predomínio das decisões de caráter constitutivo com efeitos *inter partes*, enquanto as decisões em que o STF apenas declara a omissão legislativa aparecem em segundo lugar.

Inicialmente, ao conferir efeitos mais restritos à decisão em MI, o tribunal agiu de forma mais tímida, tomando o cuidado de não invadir a esfera de competência dos órgãos representativos. Foi apenas em 2007 que o STF resolveu adotar uma postura um pouco mais propositiva no sentido de dizer o direito no caso concreto até a elaboração de norma regulamentadora.

O STF não inovou no ordenamento jurídico, criando uma norma, apenas determinou a aplicação, no caso concreto, de leis já existentes no ordenamento jurídico (como a lei de benefícios previdenciários aos trabalhadores em geral e a lei de greve da iniciativa privada).

Diante dessas considerações, não é possível falar em uma postura “ativista” do tribunal, uma vez que o STF não extrapolou os limites de suas funções

jurisdicionais a ponto de invadir a competência do legislador de editar regras gerais e abstratas. Evidencia-se a percepção de que o Supremo tem sido muito cuidadoso ao administrar as suas relações com os outros poderes, pelo menos no que diz respeito aos casos de omissão legislativa.

NOTAS

*. [Nota editorial] Este texto é uma adaptação, revisão e atualização da pesquisa que deu origem ao livro de mesmo nome: “Resiliência Constitucional: compromisso maximizado, consensualismo político e desenvolvimento gradual”, publicado pela FGV Direito SP em 2013. Convém esclarecer que alguns dados podem eventualmente estar desatualizados, em função do contexto da pesquisa. Eles não foram modificados pois representam o espírito e a realidade da época na qual foi elaborado todo o esforço de trabalho dos autores.

1. Autor: Dimitri Dimoulis.
2. Autores: Soraya Lunardi e Dimitri Dimoulis.
3. Cf., com ressalvas, Sarmiento (2007; 2009).
4. Autor: Oscar Vilhena Vieira, com base em discussões e sugestões do grupo.
5. Autor: Paulo André Nassar.
6. Instituída por meio do Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985.
7. Autor: Oscar Vilhena Vieira.
8. Autores: Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis.
9. Autor: Paulo André Nassar.
10. Autora: Soraya Lunardi.
11. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br>> (item: Social).
12. Disponível em:<ftp://geofp.ibge.gov.br/documentos/recursos_naturais/indicadores_desenvolvimento_sustentavel/2012/ids2012.pdf>.
13. Autora: Soraya Lunardi.
14. Disponível em: <ftp://geofp.ibge.gov.br/documentos/recursos_naturais/indicadores_desenvolvimento_sustentavel/2012/ids2012.pdf>.
15. Autores: Soraya Lunardi e Rubens Eduardo Glezer.
16. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br>> (item: Social).
17. Disponível em: <ftp://geofp.ibge.gov.br/documentos/recursos_naturais/indicadores_desenvolvimento_sustentavel/2012/ids2012.pdf>.

18. Disponível em: <ftp://geofp.ibge.gov.br/documentos/recursos_naturais/indicadores_desenvolvimento_sustentavel/2012/ids2012.pdf>.
19. Cf. IBGE. “Comentário”. PNAD 2009. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/comentarios2009.pdf>>. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (2011, p. 10).
20. Autor: Rubens Eduardo Glezer.
21. *The Economist* (TICK, TOCK..., 2012).
22. Autores: Soraya Lunardi e Dimitri Dimoulis.
23. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1330&id_pagina=1>.
24. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2172.html>>.
25. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html>>.
26. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_pa%C3%ADses_por_igualdade_de_riqueza#cite_ref-1>.
27. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2011/maio/arquivos/Censo20102020-20IBGE20-20MDS2020320deMaiode201120-20-20Final.pdf>>.
28. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/090924_ComPres30Ricardo.pdf>.
29. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2011/maio/brasil-sem-miseria-atendera-16-2-milhoes-de-pessoas>>; <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/preliminar_tab_adic_zip.shtm>.
30. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/data/map>>.
31. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3837&lay=pde>.
32. João Fellet. Disponível no site: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/11/111102_brasil_idh_jf.shtml>.

33. A linha de extrema pobreza é uma estimativa do valor de uma cesta de alimentos com o mínimo de calorias necessárias para suprir adequadamente as necessidades de uma pessoa, com base em recomendações da Food and Agriculture Organization (FAO) e da Organização Mundial da Saúde (OMS).

34. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br>> (item: Social).

35. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br>> (item: Social).

36. João Fellet. Disponível no site: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/11/111102_brasil_idh_jf.shtml.

37. Autor: Rubens Eduardo Glezer.

38. Art. 145, § 1º, da CF: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

39. Pereira e Cândido Jr. (2006, p. 47) sugerem que “com mais da metade da arrecadação fiscal no Brasil sendo proveniente da tributação sobre o consumo, e apenas 16% proveniente da tributação sobre renda [...] para o aumento da progressividade da arrecadação total [...] talvez seja [melhor] uma mudança gradual da estrutura tributária, na qual a arrecadação dependa cada vez menos de impostos indiretos e cada vez mais de impostos diretos”.

40. Para Pereira e Cândido Jr. (2006, p. 47-48): “O *mix* ótimo da tributação também deve levar em consideração os incentivos sobre a oferta de trabalho e a acumulação de capital. Nesse caso, medidas compensatórias por meio dos gastos públicos – focalizadas nos mais pobres – também representam instrumentos fiscais efetivos para aumentar a progressividade fiscal no Brasil”.

41. Autores: Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi.

42. Bibliografia indicativa: Pogrebinschi (2000); Halis (2004); Cittadino (2004); Santos (2007); Machado (2008); Ribeiro (2008); Valle (2009); Ramos (2010); Leal (2010); Fellet, Paula e Novelino (2011).

43. Dados estatísticos em Dimoulis e Lunardi (2011).

44. Autor: Rubens Eduardo Glezer. Os gráficos desta seção são de autoria própria,

formulados com base em dados coletados na página do Supremo Tribunal Federal na internet.

45. Para obter uma listagem exaustiva das ações, foi realizada pesquisa no Banco de Dados de Controle Concentrado de Constitucionalidade no site do STF (disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>), com o termo “emenda constitucional” em 13 de fevereiro de 2012. Foi obtida uma lista de 614 processos: 586 eram ADIs, 19 eram ADPFs, 5 eram ADCs e 4 eram ADOs. Pela leitura de ementas, foi possível reduzir esse universo de pesquisa para 99 processos, excluindo aqueles cujo escopo não dizia respeito ao controle de constitucionalidade de emendas constitucionais. Por meio da análise de cada um desses 99 acórdãos, foi possível reduzir o universo de pesquisa para 89 ADIs.

46. ADI n. 829/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 14.04.1993, *DJ* 16.09.1994, especialmente nos votos de Moreira Alves, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, p. 74-76, 87-89, 111-112 e 123-125.

47. Sob a rubrica de “equilíbrio federativo” foram incluídas ações ligadas aos temas de *processo de criação de municípios* (EC n. 15/96 – ADI n. 2.395), *desvinculação das receitas da União* (EC n. 27/2000 – ADI n. 2.199) e *repartição tributária* (EC n. 33/2001 – ADI n. 3.800). Sob a rubrica de “planos fiscais” foram incluídas ações ligadas ao tema de *criação de regras orçamentárias de criação de fundos* (EC n. 10/96 – ADI n. 1.420; EC n. 14/96 – ADI n. 1.749).

48. A soma das ações ajuizadas não atinge a totalidade de ações por dois motivos. O primeiro consiste na sobreposição de dados que resulta das ações que são propostas conjuntamente por atores da mesma categoria. Assim, nas oito ações ajuizadas pela AMB, algumas foram ajuizadas em conjunto com outras associações de magistrados. Além disso, nem todos os requerentes foram listados no gráfico.

49. Trata-se da ADI n. 2.135, de questionamento à reforma gerencial e ainda sem julgamento de mérito.

50. Vide gráfico 14.

51. Tempo obtido ao levar em conta somente as ações nas quais houve julgamento de mérito, descartando ações pendentes.

52. ADI n. 1.749 MC/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 18-12-1997, *DJ* 24-10-2003 (questionamento do art. 5º da Emenda Constitucional n. 14/96).

53. ADI n. 926 (EC n. 3/93) e ADI n. 34/72 (EC n. 45/2004).

54. ADI n. 1.420 (EC n. 10/96) e ADI n. 1.497 (EC n. 12/96).

55. Na ADI 3.685, há referência à ADI n. 939 como precedente.

56. Autora: Luciana de Oliveira Ramos. Este item representa a síntese de alguns resultados alcançados no âmbito da realização de minha dissertação de mestrado intitulada “O controle de constitucionalidade por omissão no Supremo Tribunal Federal: análise dos casos de omissão legislativa nos 21 anos da Constituição”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ABRANCHES, S. H. “O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro”. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-33, 1988.
- : ACCIOLI, C. “Brazil’s growing pains. Brazil needs savings, investment, and productivity if the economy is to grow sustainably”. *The Brazilian Economy*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 10-15, 2012. Disponível em: <<http://www.gwu.edu/~ibi/FGV%20Report%20Files/2012%20-%20February.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- : ALVES FILHO, G. “Social Security is a tragedy foretold. Interviewed by Kalinka Iaquinto”. *The Brazilian Economy*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 29-33, 2012. Disponível em: <http://www.gwu.edu/~ibi/FGV%20Report%20Files/2012_January.pdf>. Acesso em 20 nov. 2016.
- : ARANTES, R.; COUTO, C. G. “Uma constituição incomum”. In: CARVALHO, M. A.; ARAÚJO, C.; SIMÕES, J. A. *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo: Hucitec, 2009, p. 17-51.
- : BARROSO, L. R.. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.
- : BERCOVICI, G. “A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição”. In: SOUZA NETO, C. P. *et al. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.
- : _____. “A problemática da constituição dirigente”. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 142, p. 35-51, 1999.
- : _____. “Constituição e política: uma relação difícil”. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24 2004.
- : _____. “Constituição econômica e constituição dirigente”. In: BONAVIDES, P.; LIMA, F. M.; BEDÊ, F. S. *Constituição e democracia*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 219-251.
- : _____.; MASSONETTO, L. F. “A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica”. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, v. 45, p. 79-89, 2004.
- : BRASIL. Ministério da Fazenda. “Ministro mostra a importância da reforma da previdência”. *Pronunciamentos*. 24 maio 1996. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/1996/pr960524.asp>>. Acesso em: 3 abr. 2013.

- : _____, “Presidência da República. Observatório da Equidade”. *Indicadores de equidade do Sistema Tributário Nacional*. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009.
- : BRUNET, J. F. G. (Coord.); BERTÉ, A. M. A.; BORGES, C. B. *O gasto público no Brasil: entenda a qualidade do gasto público nos estados brasileiros*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- : CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001 (Trabalho originalmente publicado em 1982).
- : CARVALHO, C. E. “As origens e a gênese do Plano Collor”. *Nova Economia*, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, p. 101-134, 2006.
- : CITTADINO, G. “Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia”. *Alceu*, Rio de Janeiro, n. 9, p. 105-113, 2004.
- : COSTA, A. A. *et al.* “A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: um perfil das decisões de procedência em ADIs”. In: 7º ENCONTRO ABCP 2010, *Anais*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87101621/A-quem-interessa-o-controle-concentrado-de-constitucionalidade-Um-perfil-das-decisoes-de-procedencia-em-ADIs>>. Acesso em 20 nov. 2016.
- : CRUZ, A. “Uma nova alternativa para o direito brasileiro: o procedimentalismo”. In: SARMENTO, D. (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1-27.
- : DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- : ELSTER, J. *The impact of constitutions on economic performance: proceedings of the World Bank Annual Conference on Development*. Washington: World Bank, 1995. p. 209-226.
- : FELLET, A.; PAULA, D.; NOVELINO, M. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011.
- : FIGUEIREDO, A.; LIMONGI, F. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- : FISHLOW, A. *O novo Brasil: as conquistas políticas, econômicas, sociais e nas relações internacionais*. São Paulo: Saint Paul, 2011.
- : FLEISCHER, D. “Perfil socioeconômico e político da constituinte”. In: GURAN, M. *O processo constituinte 1987-1988*. Brasília: Ágil, 1988. p. 29-40.

- : FREITAS, R.; MOURA, S.; MEDEIROS, D. “Procurando o Centrão: direita e esquerda na Assembleia Nacional Constituinte, 1987-1988”. In: CARVALHO, M. A.; ARAÚJO, C.; SIMÕES, J. A. *A Constituição de 1988: passado e futuro*. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 101-135.
- : GOMES, S. “O impacto das regras de organização do processo legislativo no comportamento dos parlamentares: um estudo de caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988)”. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 1, p. 193-224, 2006.
- : HALIS, D. C. “A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia”. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 32-66, 2004.
- : INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Equidade fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social*. Rio de Janeiro: Ipea, 2011. (Comunicados Ipea, n. 92). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110519_comunicadoipea92.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- : _____. PNAD 2009, *Primeiras análises: situação da educação brasileira – Avanços e problemas*. Rio de Janeiro: Ipea, 2010. (Comunicados Ipea, n. 66). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/101118_comunicadoipea66.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- : LEAL, S. T. *Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- : LIMONGI, F. “A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório”. *Novos estudos*, São Paulo, n. 76, p. 17-41, 2006.
- : LOPES, J. A. “O consórcio político da ordem de 1988”. In: CARVALHO, M. A.; ARAÚJO, C.; SIMÕES, J. A. *A Constituição de 1988: passado, presente e futuro*. São Paulo: Hucitec, 2009. p. 74-100.
- : MACHADO, J. S. *Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
- : MARTINS, R. B. *Desigualdades raciais e políticas de inclusão racial: um sumário da experiência brasileira recente*. Santiago do Chile: CEPAL, 2004. (Série Políticas Sociais).
- : MENDES, G. *et al. Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- : MIRANDA, J. N. (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- : MOISÉS, J. A. “Desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995/2006)”. *Cadernos Adenauer*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 15-32, 2011.
- : NASCIMENTO FILHO, P. L. *Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade*. Monografia (Formação em Direito Público) – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/102_Pedro%20Luiz%20do%20Nascimento%20Filho.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- : NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- : PEREIRA, R. M.; CÂNDIDO JR., J. O. “Progressividade fiscal no Brasil”. *Boletim de Desenvolvimento Fiscal*, n. 2, p. 43-48, set. 2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/Boletim_desenv_fiscal/bdf_02.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- : PIANCASTELLI, M.; BOUERI, R.; LIMA, E. P. “Descentralização fiscal, harmonização tributária e relações intergovernamentais: como distintas federações reagem aos desafios da globalização”. In: REZENDE, F. (Coord.). *Desafios do federalismo fiscal*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 25-81.
- : POGGE, T. “Para erradicar a pobreza sistêmica”. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 4, n. 6, p. 136-158, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt&ORIGINALLANG=pt#tx19>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- : POGREBINSCHI, T. “Ativismo judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo”. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 121-143, 2000.
- : _____. *Judicialização ou representação?* – Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- : RAMOS, E. S. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- : RAZ, J. “On the authority and interpretation of Constitutions: some preliminaries”. In: ALEXANDER, L. (Org.). *Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. p. 152-175.
- : RIBEIRO, I. L. A. P. *Ativismo judicial*. Dissertação de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008.
- : SANTOS, T. N. *Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 173, p. 271-284, 2007.

- : SARMENTO, D. “O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”. In: LEITE, G. S.; SARLET, I. W. *Direitos fundamentais e Estado constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 9-49.
- : _____. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- : SARMENTO, D. “Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda”. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.
- : SARTORI, G. *Engenharia constitucional*. Brasília: UnB, 1996.
- : SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- : SOARES, S.; SILVEIRA, F. G.; SANTOS, C. H.; VAZ, F. M.; SOUZA, A. L. O potencial distributivo do Imposto de Renda de Pessoa Física (IRPF). *Textos para Discussão*, n. 1433. Rio de Janeiro: Ipea, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4748>. Acesso em: 3 abr. 2013.
- : STRECK, L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- : SUNDFELD, C. A. “O fenômeno constitucional e suas três forças”. In: SOUZA NETO, C. P. et al. (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988: filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- : _____.; et al. *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos poderes*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.
- : TICK, TOCK. “The Senate debates a small measure to help disarm an economic time bomb”. *The Economist*, 24 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/21551093>>. Acesso em 20 nov. 2016.
- : TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- : VALLE, V. R. L. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.
- : VIEIRA, O. V. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

COMENTÁRIO N. 1 AO TEXTO “RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSO MAXIMIZADOR, CONSENSUALISMO POLÍTICO E DESENVOLVIMENTO GRADUAL”

Ronaldo Porto Macedo Junior

Muitas vezes, as pesquisas jurídicas e sociojurídicas se afastam de algumas das mais interessantes perguntas teóricas e as substituem por outras em face das dificuldades metodológicas envolvidas nas primeiras. Geralmente, as perguntas que envolvem análises e avaliações de impactos e relação entre o direito formal e o mundo real se enquadram nesta situação. É sempre um enorme desafio tentar explicar e identificar qual é o impacto do direito no mundo real. Como seriam as coisas se a lei fosse diferente? Normalmente, o que se encontra diante do pesquisador que realiza este tipo de pergunta é o reconhecimento de uma quantidade enorme de variáveis concomitantes e a grande dificuldade para se avaliar qual é o peso relativo de cada uma delas.

Este texto não foge dessas perguntas mais interessantes e relevantes. Ele promete “detectar em que medida os arranjos jurídicos concebidos pela Constituição têm contribuído para a realização de suas pretensões normativas” (p. 225). Ademais, apresenta-se como uma “investigação sobre a relação entre as estruturas políticas, os direitos/promessas de transformação e o sistema de atualização constitucional criados pelo texto de 1988” (p. 225). A ambição do texto não é pequena.

Algumas ressalvas metodológicas foram estabelecidas desde o início, de modo a qualificar esta enorme ambição e as dificuldades que ela implica. Em primeiro lugar, o trabalho seria limitado ao Brasil. Seria uma espécie de relatório nacional e não um estudo geral sobre a América Latina. Em segundo lugar, o texto admite como ponto de partida levar a sério o texto constitucional, recusando-se a admiti-lo como um documento de mero valor simbólico. Em terceiro lugar, em face da natureza contrafactual dos argumentos históricos e sociológicos. Afinal, é sempre difícil o estabelecimento de elos causais significativos quando existem inúmeras variáveis causais que atuam num mesmo

processo social. A despeito disso, o trabalho assume que a implementação da constituição decorre em grande medida do próprio texto constitucional e qualifica tal afirmação como “regra metodológica”. Desse modo, o texto constitucional é considerado uma causa de sua própria implementação. Em face disso, algumas hipóteses são lançadas, a saber: 1) que a Constituição de 1988 contribuiu de maneira relevante para a configuração do atual sistema político consensual, e que 2) este mesmo Texto é significativamente responsável pelo sistema político consensual e resiliente que se combinou com o modelo presidencialista e federativo preconizado constitucionalmente.

Em seguida, o estudo apresenta uma crítica às teorias explicativas da Constituição brasileira. Segundo os autores, algumas variantes da interpretação constitucional produzida por constitucionalistas descreveram-na como liberal-patrimonialista, dirigente e transformadora, principiológica e judicialista (em especial as vertentes “neoconstitucionalistas”), chapa-branca, “simbólica” e ubíqua. Contudo, todas elas, a despeito de seus méritos, seriam em alguma medida parcial. A versão ubíqua, que põe em evidência o caráter onipresente das normas e princípios constitucionais nas normas infraconstitucionais brasileiras, mais se aproximaria da visão acolhida neste trabalho, que, entretanto, não confere a esse “panconstitucionalismo” um sentido negativo. Em síntese, a Constituição seria marcada pelo “compromisso político no qual foi maximizada a proteção aos interesses dos mais diversos setores presentes no processo constituinte.” (p. 234).

Acredito que o texto alcança apenas parcialmente os seus objetivos. Em primeiro lugar, destaco que o leitor se beneficiaria muito se alguns conceitos centrais fossem mais bem definidos ou definidos no primeiro momento em que aparecem. Esse é o caso dos conceitos de “resiliência”, “sistema político consensual” (p. 225), “constituição ideológica” (p. 234), “conciliação e pacto” (às vezes soando como sinônimos, p. 235), “paralisia decisória”, “lealdade constitucional”, “eficiência decisória”, “normas de caráter efetivamente constitucional” (p. 257) etc. Ao menos alguns desses, não muito claros, conceitos, contudo, certamente poderiam ser aprimorados em versões futuras do texto.

Em segundo lugar, entretanto, acredito haver problemas conceituais mais sérios. O artigo parece oscilar muitas vezes entre não apenas mais de um conceito de norma constitucional e, portanto, do próprio conceito de constituição. Por vezes, a referência ao texto constitucional parece referir-se a

todas as normas promulgadas no texto da Constituição. Outras vezes, contudo, parece se referir apenas a “normas de caráter efetivamente constitucional” (p. 257), isto é, normas que seriam estruturantes da forma de organização do Estado, poderes e direitos fundamentais. Isto é importante, visto que à pergunta inicial, acerca da forma como a “Constituição tem contribuído para a realização de suas pretensões normativas”, haverá respostas distintas, conforme o conceito que se utilize de norma constitucional. Acredito também que os desafios para a questão levantada aumenta sobremaneira na medida em que se queira tratar da Constituição em todos os seus dispositivos e dimensões, já que é inegavelmente onipresente nas diversas áreas do direito. Contudo, o seu impacto é desigual, e muitas vezes seria difícil afirmar que os efeitos da “constitucionalização” do direito positivo são especialmente relevantes.¹ Uma estratégia talvez mais modesta pudesse levar a resultados mais palpáveis.

Em terceiro lugar, acredito que o texto constitucional muitas vezes trata com indistinção o conceito de constituição e as ideias de sistema político, bem como direitos sociais constitucionais e políticas públicas. Vejamos alguns exemplos: reconhece a importante função do “presidencialismo de coalizão” como processo responsável pelo dinamismo legislativo brasileiro e também como antídoto para o risco da “paralisia decisória” (SANTOS, 1986) do sistema político. Contudo, não fica clara a conexão dessa forma de acomodação política ao novo regime constitucional pós-1988, visto que o “presidencialismo de coalizão” já era detectável antes mesmo da ordem constitucional. Não fica claro, desse modo, qual é a relação específica da CF de 1988 e o novo sistema político brasileiro. Cabe ainda notar que muitos dos elementos referidos sobre esse sistema parecem estar mais ligados ao eleitoral e de representação política, regulado por normas infraconstitucionais, do que pelo modelo constitucional. Curiosamente, a ADI sobre a reforma partidária, que poderia ser um bom contraponto a este argumento, deixou de ser examinada.

Não me parece convincente também associar de maneira tão direta as políticas sociais de erradicação da pobreza, saúde e habitação com o modelo constitucional. Talvez uma análise nos campos da educação e previdência social, nos quais reformas constitucionais importantes foram realizadas e impactaram mais diretamente as políticas públicas tivesse sido um caminho mais promissor. Isso faz que a rápida descrição da situação do país nessas áreas (pobreza, saúde e habitação) fiquem desconectadas do argumento central desta

seção. Penso, contudo, que uma importante hipótese pode ser mais bem explorada. Afinal, de que maneira a ampliação do acesso a esses direitos sociais pode estar ligada ao novo modelo constitucional? Penso que o maior peso conferido à participação democrática permitiu o aumento da vocalização desses interesses que estavam menos presentes durante o período que antecede a democratização. Na medida em que a CF consolida o processo democrático, consolida também a demanda direta por esses direitos. O resultado disso acaba sendo a elaboração de novas e mais abrangentes políticas de promoção do bem-estar e garantia de direitos sociais aos grupos sociais anteriormente excluídos. Dessa forma, a Constituição colaborou para o acesso a direitos, menos porque os garantiu, em seus artigos, o acesso a eles, mas porque permitiu que democraticamente a demanda por esses direitos pudesse ser canalizada para o sistema político, inclusive por meio da eleição de seus representantes.

Enuncia-se, de maneira talvez apressada, que “um sistema tributário eficiente deve contribuir com a diminuição das desigualdades sociais.” (p. 272). Este argumento, contudo, está longe de ser pacífico. Afinal, por que um sistema de arrecadação regressivo (como, por exemplo, por meio da cobrança de Imposto por Valor Agregado) não pode ser eficiente e harmonizável com um sistema de gastos sociais orientados para redução da desigualdade social? O que sugere que a não regressividade, *per se*, é mais eficiente? Há inúmeros estudos que sugerem que a adoção de critérios de igualdade social nos gastos sociais é muito mais eficiente do que no processo de tributação.

Em quarto lugar, acredito haver certo hiato entre a hipótese central do artigo e os argumentos produzidos sobre a estabilidade interpretativa do STF. Não resta claro em que medida o comportamento desta importante instituição foi relevantemente marcado pelo desenho constitucional. Afinal, as respostas dadas pelo STF poderiam ter sido diferentes a depender de variáveis como uma diferente composição? Não fica claro quais são os objetivos analíticos específicos desta seção do trabalho em relação aos objetivos inicialmente atribuídos a ele. Ressalto também que o texto parece admitir normativamente a ideia de que a Constituição, ao acolher demandas, valores e interesses contraditórios, somente ficou imersa em contradições insuperáveis ou irreconciliáveis (p. 240). Nesse ponto, é interessante notar que uma parcela significativa da doutrina constitucional procurou, por meio de interpretações reconstrutivas, apontar para a natureza contraditória apenas, *prima facie*, da Constituição, buscando construir

interpretações reconciliadoras de seus conteúdos normativos centrais. Aqui, os objetivos descritos e/ou normativos do texto poderiam ter sido aprofundados e mais amplamente justificados.

Por fim, penso que a reconstrução histórica do processo constituinte restou descolada do propósito central (p. 239 e ss.), ela pouco contribui para reforçar a hipótese desenvolvida pelo trabalho. Uma conclusão tornaria mais fácil para o leitor acompanhar em que medida as promessas da investigação puderam ser alcançadas ou não.

Apesar dessas considerações, penso que o trabalho apresenta os méritos de não apenas ter enfrentado questões relevantes, e, como corretamente apontado, raramente enfrentada pelos constitucionalistas brasileiros,² como também por ter introduzido algumas categorias analíticas promissoras para o tratamento de seu tema central. Refiro-me ao conceito de resiliência, que aponta para um elemento importante do sistema constitucional brasileiro. Afinal, como ele pôde, a despeito dos vaticínios de muitos de que levaria a um fracasso constitucional (uma nova dimensão do Failed Law (ESQUIROL, 2008)), garantir um notável vigor institucional, que tem permitido ao Brasil enfrentar o *impeachment* de um presidente (Fernando Collor de Melo) e profundas crises institucionais (refiro-me a episódios como o recente julgamento do Mensalão, que envolveu políticos do mais elevado escalão do governo Lula), a rezear que o velho fantasma da crise da democracia e da paralisia decisória viessem a ameaçar a ordem jurídica brasileira. O trabalho mostra que, assim, como a CF, apesar de predições em sentido contrário, não apenas conviveu com o sucesso do direito, como o permitiu e fomentou.

NOTAS

1. Uma tentativa de elaborar uma distinção desse tipo formulada por cientistas políticos pode ser encontrada em “Constituição ou políticas públicas? Uma avaliação dos anos FHC”, de Cláudio Gonçalves Couto e Rogério Bastos Arantes, publicado na coletânea organizada por Abrucio e Durand (2002).

2. O texto fica devendo uma avaliação mais abrangente da produção teórica sobre a Constituição brasileira produzida pelas ciências sociais, em especial, pela ciência política. Veja-se, dentre outros, Melo (2002); Machado (2001).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ABRUCIO, Fernando Luiz; DURAND, Maria Rita Loureiro. *O Estado numa era de reformas: os anos FHC*. Brasília: Enap, 2002.
- : ESQUIROL, Jorge. “The Failed Law of Latin America”. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 56, n. 1, p. 75-124, 2008.
- : MACHADO, Regina Helena. *Reforma do Estado ou reforma da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- : MELO, Marcus André. *Reformas Constitucionais no Brasil: instituições políticas e processo decisório*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- : SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *64: anatomia da crise*. São Paulo: Vértice, 1986.

COMENTÁRIO N. 2 AO TEXTO “RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSO MAXIMIZADOR, CONSENSUALISMO POLÍTICO E DESENVOLVIMENTO GRADUAL”

Francisca Pou Giménez

I

O estudo de caso de Oscar Vilhena Vieira e sua equipe (doravante, equipe Vilhena) sobre a Constituição brasileira complementa de modo idôneo a análise mais geral sobre o constitucionalismo de toda a região empreendido nos textos de Gargarella (com ênfase na reconstrução de atributos diferenciadores do constitucionalismo regional a partir de uma perspectiva comparada).

Os três textos desenvolvem um tipo de exercício que marca por si próprio algo a celebrar, pois já não devem tratar de dinâmicas transicionais ou problemas de vida ou morte constitucional, e se centram em avaliar o que podemos chamar de “qualidade de vida” das constituições – ou talvez, para tratá-lo com mais exatidão, a qualidade da vida democrática latino-americana sob as constituições aprovadas depois da “onda” democratizadora que, no final do século XX, retirou a região do autoritarismo. Há 25 anos da aprovação do Texto brasileiro de 1988 (que se costuma citar como o primeiro dentro das constituições da citada “onda”), a análise relevante é a que se ocupa em estudar o desempenho, as características, os desafios e os problemas que se dão nas democracias constitucionais por fim razoavelmente instaladas como *the only game in town*.

Os três artigos compartilham também em sua essência um ponto metodológico que coincide em destacar a importância dos textos e dos projetos institucionais. Mesmo que, como os autores assinalam, fosse um erro cair em uma espécie de fetichismo dos textos e esquecer que o que se deve ser avaliado é a Constituição “em movimento” e as condições da vida política e material dentro de certos contextos jurídicos – e ainda mais em uma região na qual a distância entre o direito e a realidade é, às vezes, bastante ampla – é necessário combater igualmente a tese da irrelevância. O que diz a Constituição importa: se no momento constituinte se opta por um sistema centralizado ou federal;

se as comunidades indígenas têm reconhecida autonomia territorial e política ou não; se o catálogo de direitos é liberal ou “novíssimo”; se existem canais de participação cidadã ou estes não existem ou se o procedimento de reforma constitucional está projetado de um modo ou de outro, são opções que importam e que marcam elementos que moldarão poderosamente a dinâmica social e política resultantes. Tratando de descrever retrospectivamente esta relação entre uma leitura da realidade e um determinado projeto constitucional, os pesquisadores da equipe Vilhena falam, desse modo, de causalidade “débil” ou “indiciária”: se as coisas ocorreram de certo modo, e ainda sem a possibilidade de contar com o respaldo de um contrafático, parece razoável pensar que o projeto constitucional existente tem alguma responsabilidade nisso.

Sobre esta base metodológica, o artigo da equipe Vilhena reconstrói de maneira detalhada, rica e informada quase 25 anos da prática político-social brasileira sob a Constituição de 1988 e reúne atributos desse texto fundacional que, a critério dos pesquisadores, podem ser associados com o que se perfila como um diagnóstico fundamentalmente positivo: a Constituição funcionou; o “projeto constitucional” de 1988, e um pouco contra os prognósticos derivados da tese sobre tipologia constitucional bastante aceita dentro da teoria constitucional comparada, mostrou-se razoavelmente capaz de prover tanto estabilidade como adaptabilidade – duas qualidades que os autores resumem na noção de “resiliência”, “resistência” constitucional, entendida quase com o sentido técnico com que os físicos usam esta palavra.

Em seguida, e depois de referir muito brevemente às principais teses do artigo, desenvolverei com relação a elas duas linhas de raciocínio. Em primeiro lugar, argumentarei que o disposto no artigo sugere a existência de uma relação particular entre, por um lado, a origem e as vias de mudança/evolução de uma determinada Constituição e, por outro lado, a qualidade de vida democrática que se obtém ou se desenvolve a partir dela; esta é uma relação que, a meu juízo, vale a pena identificar, comentar e eventualmente teorizar. Como assinalarei, nesta parte o estudo da equipe Vilhena identifica o que parece ser um atributo indicativo, certamente adequado, de “sucesso” constitucional – a lealdade dos cidadãos e dos autores políticos ao projeto constitucional, associada à capacidade da Constituição de gerar sentimentos de inclusão social e política – e nos dá elementos que – apesar da ênfase que os pesquisadores dão ao tipo de previsão substantiva do texto de 1988 –, sugerem que a chave do

sucesso deve ser buscada não tanto no texto em si, mas na conexão entre o texto e um momento constituinte inclusivo e nos mecanismos de mudança constitucional (reforma e interpretação) igualmente inclusivos. A análise do caso brasileiro sugere, com isso, que a inclusividade de um projeto constitucional – algo determinante da geração dessa lealdade que lhe dá garantias de sucesso – depende não tanto do elemento “estático” do projeto constitucional, mas de sua gênese e de seu elemento “dinâmico”. Em segundo lugar, destaquei que algumas das ideias e teses da equipe Vilhena podem ser proveitosamente relacionadas com outras que dispõem os artigos de Gargarella e Uprimny-Sánchez quando caracterizam ou problematizam o constitucionalismo regional em que a Constituição brasileira de 1988 se insere. Com relação a isso, destaquei que o caso brasileiro sustenta a tese gargarelliana da “sala de máquinas”, ao mostrar que uma das chaves do sucesso constitucional foi uma combinação de presidencialismo com uma fórmula eleitoral proporcional, que vincula o presidente a uma dinâmica permanente de construção de coalizões parlamentares de apoio, e ao dar protagonismo ao projeto de procedimentos de reforma e interpretação judicial da Constituição suficientemente efetivos, além de sugerir elementos com os quais poderia ser ampliada.

II

Antes de perfilar uma leitura constitucional própria, a equipe Vilhena procura observar a natureza e as funções da Constituição de 1988 rastreáveis na literatura especializada de seu país. Destacam-se dentro desse universo: a teoria “liberal-patrimonialista” dos conservadores, um olhar bastante minoritário que sublinha que, apesar das aparências, é um texto fundamentalmente dirigido a proteger os direitos individuais liberais e a conter a intervenção econômica do Estado; a teoria da Constituição “diretiva-transformadora”, de Bercovici, que destaca seu caráter não neutro a partir da perspectiva econômica e política e o modo como compromete o Estado a impulsionar e executar programas de desenvolvimento no sentido indicado pelo denso programa substantivo que consagra a Constituição “principalista e judicialista”, que a situa dentro dos parâmetros centrais do neoconstitucionalismo; a Constituição “chapa-branca”, de Sundfeld, segundo a qual, com toda uma ampla retórica de direitos, a Constituição preserva os privilégios corporativos do setor público e garante recursos aos grupos poderosos; a teoria da Constituição “simbólica”,

segundo a qual as previsões constitucionais são uma mera cobertura desconcentradora que permite que os conflitos sigam sendo resolvidos segundo os códigos políticos de sempre, com predomínio final dos interesses mais poderosos; e a Constituição “ubíqua”, de Sarmento, que destaca a capacidade de impregnação da Constituição, a “panconstitucionalização” que provoca seu caráter detalhado e a densidade de seu clausulado substantivo, mesmo que estime que as contradições e as complexidades internas que acolhe são, no final das contas, patológicas e devem ser enfrentadas mediante reformas que, sem subtrair o caráter progressivo do texto, diminuam seu grau de detalhamento e tendam a controlar de algum modo a ampla margem de discricção que outorgam ao poder judicial.

A proposta pessoal da equipe de Vilhena, como os pesquisadores destacam, tem grandes pontos de contato com a perspectiva da Constituição “ubíqua”, mas apresenta esses atributos constitucionais característicos a partir de uma perspectiva muito mais positiva, que eles articulam com relação à noção de “compromisso maximizador”. A Constituição de 1988, declaram os pesquisadores, “entrincheirou direitos, protegeu interesses, distribuiu poderes, realizou promessas, delineou objetivos de mudança social e determinou políticas públicas.” (p. 234), com o objetivo de que todos os setores que forem capazes de articular-se no processo constituinte possam ver cumprida ao menos uma parte de seus interesses. A partir desse ponto, desenvolveu-se uma prática política em cujo contexto a Constituição apresentou o que eles chamam de “resiliência”, isto é, resistência, uma mescla de adaptabilidade e estabilidade – uma capacidade clara de adaptação e evolução, mas dentro de margens delimitadas que não permitem uma mudança demasiado apressurada ou radical¹. Os estudiosos associam esta propriedade com a ideia de bom desempenho geral da Constituição, que se tornou um terreno no qual problemas, compromissos e negociações exigissem o avanço da vida política com base nos compromissos constitucionais. O Brasil havia conseguido, definitivamente, organizar a vida democrática sob os parâmetros marcados pela existência efetiva da lealdade constitucional gerada por uma Constituição amoldável.

O artigo aponta para esta conquista uma hipótese causal dupla. Em primeiro lugar, os autores assinalam que a Constituição brasileira se mostrou resistente porque teve uma gênese includente: foi produto de um processo de elaboração descentralizado (descrito com detalhes na seção 3 do artigo) que

articulou algumas das forças políticas do passado com uma considerável quantidade de novos grupos de pessoas e interesses, derivando em um texto que representa um compromisso maximizador aos olhos de todos eles.

E, em segundo lugar, que a Constituição foi resistente e abrigou processos de implementação graduais, incrementais, negociados e razoavelmente inclusivos porque incorpora uma matriz de projeto constitucional que se define por cinco elementos: a) *delegação normativa*, com relação ao texto constitucional, com as muitas metas substantivas, chama a uma constante atuação tanto do poder legislativo como do poder judicial para que mediem e diluam a tensão entre seus princípios substantivos e complementem a meta constitucional; b) *mecanismos de autoexecução*, que permitem, não obstante o anterior, apoiar a prática política em uma considerável quantidade de programas normativos concretos, detalhados, às vezes, até em termos de porcentagens e cronogramas, suscetíveis a uma aplicação imediata que dá corpo ao caráter normativo da Constituição e prova sua capacidade de produzir beneficiários diretos; c) promoção de um *sistema político altamente consensual*, que dá voz a muitos segmentos da sociedade brasileira, incluídos os estatais e locais e que, com toda a complexidade, não reteve o país em uma paralisia política; d) estabelecimento de um *poder judicial moderador*, que tem a importantíssima responsabilidade de “calibrar” a vida política que avança por meio do impulso do Executivo e do Legislativo, garantindo que os canais de expressão política se mantenham abertos (a seção 8 do artigo reproduz esta dimensão, dando especial atenção à atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle de constitucionalidade das reformas constitucionais e da inconstitucionalidade por omissão); e e) *rigidez complacente*, entretanto, a Constituição equilibra rigidez e flexibilidade ao dar ao Congresso a possibilidade de reformá-la de modo exclusivo, sem ter de lidar com outros eventuais jogadores com veto, mas confrontando-se com a impossibilidade de adotar reformas “tendentes a abolir” uma série de cláusulas pétreas (entre as quais estão os direitos fundamentais, o federalismo e a democracia); na prática, isso permitiu aprovar um número muito considerável de reformas ao Texto (76 reformas, descritas com detalhe na seção 5 do artigo), as quais, no entanto, não apagaram a identidade básica do texto.

As vantagens de uma configuração institucional baseada nesses cinco elementos, destacam os autores, passaram diante das predições padrão da teoria

constitucional acerca dos problemas potenciais de um texto constitucional substantivamente carregado com metas ambiciosas e transformadoras – que possam perfilar um projeto normativo com poucas possibilidades de execução efetiva, o que acabaria, com o tempo, desgastando a legitimidade e a autoridade da Constituição – e com o alto grau de detalhe e concreção em grande parte de seu clausulado, o que gera contradições e antinomias que dificultariam sua aplicação e o tornariam obsoleto com rapidez, provocando a necessidade de reformá-lo ou substituí-lo. O Texto brasileiro de 1988, substantivamente carregado, internamente heterogêneo, foi, no entanto, capaz de desencadear formas de implementação política, social e judicial essencialmente satisfatórias.

Isso não significa, de qualquer forma, destaca a equipe Vilhena, que as conquistas em termos de bem-estar e desenvolvimento, que o próprio texto constitucional coloca como objetivo, tenham sido alcançadas. Com relação a isso, seu estudo, além dos dados dinâmicos e projetos institucionais já referidos (processo constituinte, construção de espaços de negociação política após o difícil impulso derivado da instabilidade macroeconômica dos anos 1990, dinâmica de reforma constitucional, reconstrução do rol interpretativo-político do Supremo Tribunal Federal com relação aos outros poderes), inclui duas seções com indicadores empíricos de bem-estar. Essas seções tratam como foi a evolução de indicadores centrais em matéria de saúde, moradia, educação, segurança social – todos os quais registram melhoras notáveis –, mas também incluem indicadores que refletem a imensa agenda de temas e problemas que continuam, de qualquer modo, pendentes e que mantêm o Brasil em uma posição muito postergada em termos de justiça distributiva e bem-estar social. O estudo destaca, todavia, o preocupante índice Gini do país, a existência de um índice de desenvolvimento humano muito abaixo da média mundial e da América Latina e a persistência de um sistema fiscal regressivo, do qual os mais ricos conseguem escapar, com efeitos, no entanto, não suficientemente compensados pelos que derivam das políticas sociais apoiadas nas finanças públicas.

III

A meu juízo, a magnífica análise e teorização do caso brasileiro realizada pela equipe Vilhena sugere a necessidade de se atentar à importância do que

chamarei vertente *dinâmica* do projeto institucional, acima dos componentes internos textuais *estáticos*, e a necessidade de atender aos resultados globais ou conjuntos de todos eles a partir de uma perspectiva que nos pareça que registra um padrão adequado de bom desempenho institucional. Dito com mais precisão, a análise da equipe Vilhena sugere a fecundidade que pode ter o refletir cuidadosamente a relação ou o balanço que se dá em cada país entre dois tipos de componentes do projeto constitucional: o componente estático formado pela presença de um texto constitucional de determinado tipo e um ou vários componentes dinâmicos entre os quais se deve contar não apenas os mecanismos institucionais (legislativos, judiciais, administrativos) de implementação *ex post* da Constituição, mas também o momento dinâmico correspondente ao processo ou momento constituinte que deu origem ao texto. Além disso, acredito que a análise sugere que mais importante do que possamos concluir acerca do valor positivo ou negativo que se deva dar a cada contexto constitucional, a cada um desses componentes individualmente, é refletir cuidadosamente sobre seu resultado conjunto. O relevante seria que os distintos valores, positivos ou negativos, estivessem mais ou menos compensados ou em seu conjunto produzissem uma avaliação global que superasse certo umbral em termos de bom desempenho constitucional. O bom desempenho seria medido, nesta linha dupla que poderíamos extrair do estudo da equipe Vilhena, em termos de percepção de inclusão e lealdade à Constituição, em primeira instância, mas também em termos do grau de avanço nos aspectos de desenvolvimento humano e diminuição da desigualdade, nos termos consensualizados que o mesmo texto constitucional reflete. Os elementos que entrariam na análise seriam os seguintes:

- tipo de processo constituinte;
- tipo de constituição;
- tipo de dinâmica política ordinária (legislativo e executivo);
- tipo de trabalho interpretativo da(s) Suprema(s) Corte(s) de constitucionalidade;
- tipo de procedimento de reforma constitucional.

A ideia aqui, segundo sugere, a meu ver, a análise do caso brasileiro, é que o desenvolvimento de uma boa vida democrática sob uma determinada Constituição depende de que os cidadãos e os principais agentes políticos entendam esta última como um projeto incluyente com o qual se identificam e que

tenha um mínimo potencial de representar melhoras em termos de bem-estar – isso depende da emergência do sentimento de lealdade constitucional que permite à Constituição sobreviver, funcionar, articular a vida coletiva. E, para que isso ocorra, é fundamental que existam certos ingredientes textuais dentro da Constituição, mas, sobretudo, e para além disso: 1) esses ingredientes textuais devem ser entendidos pelos cidadãos e pelos principais autores políticos como uma obra própria, o que coloca em primeiro plano de relevância a conexão entre o conteúdo da Constituição e o momento constituinte; e 2) esses ingredientes textuais devem ser administrados por mecanismos institucionais de mudança constitucional que mantenham a inclusividade do projeto. Como os especialistas nesses temas assinalaram (NEGRETTO, 2012), há três grandes vias ou procedimentos de mudança constitucional: a substituição de uma Constituição por outra, a reforma da Constituição e a interpretação da Constituição. Se, para os fins desta análise, descartássemos a primeira das vias, restariam a reforma e a interpretação, a segunda das quais teria de interpretar-se de modo amplo para que atenda a criação e a nova atribuição de significados tanto pela via da execução política em mãos dos Poderes Legislativo e Executivo, como por via da interpretação em mãos do tribunal ou supremos tribunais.

Visto sob essas coordenadas, o caso brasileiro parece mostrar um cenário em cujo contexto o conteúdo da Constituição, que em geral mereceria ser avaliado apenas com valores intermediários (dados os riscos implícitos no fato de aprovar uma Constituição altamente almejada, orientada para o futuro, extensa, detalhada e internamente complexa e contraditória), fica compensado pelos valores razoavelmente positivos dos elementos dinâmicos do sistema. Uma Constituição com um conteúdo extenso e complexo funcionou no Brasil nesses últimos 25 anos, não porque fora internamente perfeita, mas porque pode se apresentar ante os cidadãos como algo com uma procedência valiosa e porque presidiu dinâmicas políticas sob mecanismos de adaptação que foram capazes de manter a inclusividade do projeto constitucional. Desse modo, o pormenorizado no texto brasileiro exigiu reformas, mas as reformas foram possíveis por uma mescla razoável de flexibilidade e rigidez no projeto dos procedimentos; o contraditório do texto colocou sobre as costas do Poder judiciário uma tarefa especialmente complicada, mas o Supremo Tribunal Federal teve as condições para desempenhá-la sem alienar o cidadão e os

autores políticos; o ambicioso dos direitos e objetivos substantivos criava expectativas fortes, mas o estabelecimento de um sistema que propiciou a construção de coalizões políticas das quais os mais pobres não se sentiram excluídos e que provaram uma boa quantidade de políticas públicas progressistas (ainda que apresentando resultados insuficientes) permitiu manter sua condição de horizonte legítimo.

O estudo da equipe Vilhena convida, então, a analisar e a avaliar os mecanismos constitucionais de mudança e execução constitucional não somente como elementos que incidem na duração da Constituição (GINSBURG; ELKINS; MELTON, 2009; NEGRETTO, 2012), mas, sobretudo, em seu bom ou mau desempenho. Deles dependeria que uma Constituição fosse, em algum sentido significativo, boa e não somente durável. Além disso, o esquema de análise permite estabelecer comparações úteis com outros países. No caso do México, por exemplo, a avaliação conjunta dos mesmos componentes estáticos e dinâmicos do projeto institucional parece que produziria resultados bastante distintos. Os textos constitucionais guardam muitas semelhanças, porque o texto mexicano de 1917, como o brasileiro, pertence ao gênero das constituições extensas, detalhadas, almejantes e – todavia em maior grau que a brasileira – muito heterogêneas e até contraditórias internamente tanto pelos conteúdos como (no caso do México) por uma mescla de estilos normativos que refletem concepções sobre como redigir uma Constituição provenientes de vários momentos históricos. Se alguém complementasse, no entanto, o olhar sobre este elemento estático com a descrição geral do funcionamento dos elementos dinâmicos do projeto constitucional mexicano, certamente concluiria que o cenário é distinto do brasileiro e bem mais complicado e preocupante. Desse modo, por exemplo, o processo constituinte mexicano é muito distante e está afetado pela ausência de demasiadas vozes, dados os grupos e classes de interesses que contemporaneamente deveriam incluir uma base de apoio constitucional ampla capaz de ter uma conexão de lealdade forte com o texto; o projeto dos procedimentos de reforma constitucional é sobre o papel intermediário, como o brasileiro (porque mesmo que exija a concorrência de mais vontades políticas, entre elas a metade dos Estados federados, não tem cláusulas pétreas), mas teve na prática um funcionamento incontrolado que torna impossível afirmar que as mais de 500 reformas sofridas pelo texto constitucional não apagaram seus perfis de identidade; a necessidade de

operações fortes de construção de coerência por parte do poder judicial, em princípio muito alta como no caso brasileiro, dada a já mencionada forte heterogeneidade de conteúdos, se colide, não obstante, com estruturas judiciais renovadas apenas em parte, que decidem confusamente e em procedimentos não suficientemente abertos aos cidadãos;² o caráter almejante de muitas das previsões constitucionais não foi acompanhado por uma dinâmica de processo político ordinário que se assemelhe ao processo inclusivo brasileiro. De forma definitiva, e independentemente do sentido que alguém dê a cada uma dessas avaliações específicas – aqui simplesmente anuncio, sem poder substanciar, alguns pontos do meu diagnóstico pessoal –, o que quero destacar é que analisar em cada contexto constitucional as interações entre esses distintos elementos do projeto constitucional pode ajudar de modo frutífero a detectar se parecem perfilar uma receita de sucesso ou uma receita para a vida constitucional de baixa qualidade, ou – no pior dos casos – para um colapso constitucional provável.

Em segundo lugar, creio que, com relação à interpretação anterior, a análise da equipe Vilhena sobre o constitucionalismo brasileiro durante esses 25 anos de democracia confirma e ilustra a tese de Gargarella, segundo a qual a “sala de máquinas” – a rede orgânica e procedimental organizada pela Constituição, a seção da Constituição dedicada à organização do poder, em contraposição às cláusulas sobre os direitos – deve ser objeto de atenção prevalente. Sendo que a Constituição brasileira participa das características nucleares do constitucionalismo regional, nos termos de Uprimny-Sánchez, ainda que não sendo um texto “novíssimo” (na linha Bolívia-Ecuador-Venezuela), e presidia um sistema constitucional que impulsiona sobre uma rede institucional com grandes continuidades com o passado e que foi sendo reformada apenas de maneira gradual e progressiva, seu desenvolvimento contou com um tipo de estruturação dos poderes públicos que permitiu avanços razoáveis.

O que a análise da equipe Vilhena do caso brasileiro sugere é que, dentro da “sala de máquinas”, é importante contar, junto ao conteúdo orgânico e procedimental que ordinariamente se relaciona com ela, com os andaimes em torno dos quais se fazem os processos constituintes e com os andaimes que giram em torno da reforma constitucional. Uma das características que singularizam as constituições latino-americanas da última “onda” (a colombiana, a brasileira, a equatoriana e a boliviana) é que emergem de processos

constituintes com a presença de autores não tradicionais ou são, de outro modo, claramente mais includentes que as tradicionais. De modo similar, a quantidade e a relevância tanto das reformas dos textos constitucionais como da atividade jurisdicional centrada no controle da constitucionalidade dessas reformas é um sinal de identidade da prática constitucional regional, algo que contrasta com as práticas habituais no norte global. Isso, definitivamente, sugere que na América Latina a atenção ao componente orgânico – e como diz Gargarella, não apenas com grandes projetos em mente, mas pensando que tipo de microrreformas jurídicas poderiam dar bons resultados – deve estender-se ao menos a estes dois elementos também.

NOTAS

1. Um uso muito parecido com o termo “resistência”, também aplicado às constituições e relacionado com o tipo de questões que se aborda, se aplica em Francisco Tomás e Valiente (1994).
2. Exploro estas questões em Francisca Pou Giménez, “Judicial Review and Rights Protection in Mexico: Assessing Recent Constitutional Reforms” e “Constitutional Change and the Supreme Court Institutional Architecture: Decisional Indeterminacy as an Obstacle to Legitimacy” (papers não publicados, 2012 e 2013 respectivamente).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

: GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary; MELTON, James. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

: NEGRETTO, Gabriel L. “Replacing and Amending Constitutions: the Logics of Constitutional Change in Latin America”. *Law & Society Review*, vol. 46, n. 4, p. 749-779, 2012.

: TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. “La resistencia constitucional y los valores”. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15-16, p. 635-650, 1994.

COMENTÁRIO N. 3 AO TEXTO “RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL: COMPROMISSO MAXIMIZADOR, CONSENSUALISMO POLÍTICO E DESENVOLVIMENTO GRADUAL”

Bruno Meyerhof Salama

Nas entrelinhas de compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual, enxerga-se claramente o percurso intelectual de Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis. De um lado, está lá a leitura política da Constituição brasileira de 1988 como o compromisso maximizador que tem no Poder Judiciário supremocrata um ator com proeminência única na história do país, verdadeiro poder moderador na República. De outro, e em harmonia com essa leitura política, está a análise dessa mesma constituição sob a luz de uma dogmática constitucional positivista, porém pragmática e arejada, por onde se trilha a institucionalidade jurídica transformadora da ordem social.

A tese de fundo do texto é a de que o desenho constitucional concebido em 1988 foi exitoso: nosso projeto de reforma social evolucionária, em vez de revolucionária, está dando certo. Persistem aqui e ali entraves a desejáveis reformas que poderiam aprimorar as bases para o nosso desenvolvimento institucional. Mas quem se atém a esses entraves enxerga apenas a árvore, e não vê a floresta. De perto, despontam as rugas da política constitucionalizada. Mas do altiplano, a Constituição é mais bem compreendida como um conjunto de mecanismos eficazes. O que ganha relevo não é a luta distributiva nem o combate burocrático, mas, sim, a prudente delegação normativa para implementação de ambiciosas metas constitucionais; os variados e inovadores mecanismos de autoexecução previstos na Constituição; um desejável viés consensualista; um responsável Poder Judiciário moderador; e, por fim, e mais notável, uma rigidez complacente que permite uma flexibilidade modulada para o texto constitucional. O copo está meio cheio, em vez de meio vazio.

Pode-se questionar se os mecanismos desenhados em 1988 teriam sido realmente os melhores, e nesse particular o texto de Vilhena e outros tem também a virtude de não ser ingênuo. Não escapou aos autores discutir as críticas clássicas ao texto constitucional brasileiro, a saber, as objeções de que

esse texto tenderia a ser materialmente ineficaz, engessava a política e não continha fio condutor. O tempo, no entanto, na visão desses autores, teria agora mostrado que essas críticas iniciais foram exageradas e precipitadas. Afinal, a julgar pelo nosso relativo progresso e relativa estabilidade, e apesar dos solavancos, o projeto constitucional de 1988 estaria sendo um sucesso. É como se Ulysses Guimarães, figura paternal da Constituição, mas fragoroso perdedor nas eleições presidenciais de 1989, estivesse agora sendo vindicado pela história.

É claro que em matéria de direito constitucional toda observação de natureza causal padece da impossibilidade de exercícios contrafatuais. Não há, evidentemente, como saber se uma constituição mais enxuta teria tido efeitos melhores ou piores que a nossa. Mas aqui é preciso reconhecer que a inescandível simpatia dos autores pela noção de constituição dirigente tem, no caso brasileiro, perfeita aderência ao argumento básico do texto agora em comento: a Constituição brasileira parece estar (indiciariamente, pelo menos) combinando razoavelmente flexibilidade e rigidez e tem tido no Poder Judiciário um ator central no processo.

Deve-se destacar que, ao falarem de rigidez complacente na Constituição brasileira, os autores vão além do óbvio: a ausência de um golpe de estado ou de regime de exceção nos últimos 25 anos não é o único feito a ser celebrado. Os autores apontam para dois outros elementos. O primeiro é o de que a cultura democrática se fortaleceu. Note bem: embora os desafios ainda sejam grandes – os mais duros talvez sejam o nó tributário e a renegociação do pacto previdenciário intergeracional, e também a reforma política –, praticamente não há mais no Brasil quem simplesmente seja contra a Constituição. Vale dizer: ainda que em 1988 alguns partidos tenham sido contrários à Constituição, e ainda que as posteriores reformas constitucionais tenham desagradado a muitos daqueles que originalmente haviam defendido a Constituição, a oposição ao atual regime constitucional praticamente se dissolveu. Nisso, Vilhena e os demais autores enxergam vitória do projeto constitucional, e o fazem com toda razão. Nós brasileiros pagamos um alto preço pela estabilidade – a Constituição é, para citarmos novamente os autores, um pacto assimétrico –, mas pelo menos temos e, com sorte, teremos cada vez mais estabilidade democrática, e isso não é pouca coisa em uma república jovem, com legado histórico perverso, e localizada em um canto da terra onde antiliberais de todos os tipos

estão à espreita, sempre à espera da oportunidade para dar o golpe.

O segundo ponto é aquilo a que os autores se referem como resiliência constitucional, isto é, uma combinação – talvez improvável, porém benéfica – que permite a constante atualização do projeto político de país sem erosão de estrutura. Apesar das mudanças, assim enxergam os autores, ainda temos o mesmo projeto constitucional de 1988. O mesmo rio está passando duas, três, “n” vezes pelo mesmo lugar. A Constituição brasileira se remodelou e se readaptou diversas vezes: em 25 anos, tivemos 74 emendas constitucionais, uma média de três por ano, ou uma a cada quatro meses, quiçá um recorde internacional. E, a despeito disso, não houve quebra institucional, nem quebra do espírito constitucional de 1988, e assim temos a desejável combinação de estabilidade com evolução.

Ora, a observação de que a nossa Constituição de 1988 tenha podido manter a estrutura intacta, alterando paulatinamente certos pactos políticos que lhe compõem o quadro geral, não é nada trivial. E isso não só por conta de se ter superado em parte o problema do engessamento político a que já aludi. Ao contrário, isso ocorreu porque as constituições transformadoras contêm um paradoxo – podemos chamá-lo de paradoxo das constituições transformadoras, para facilitar. O paradoxo é o seguinte: por um lado, um direito constitucional capaz de minimamente orientar condutas prospectivamente parece ser hoje peça indispensável para o desenvolvimento de uma sociedade (ou, pelo menos, de uma sociedade ocidental, mesmo que estejamos falando aqui dos recônditos do extremo-ocidente); por outro lado, se todas as regras constitucionais forem rigorosamente cumpridas e resguardadas pelo Poder Judiciário, conforme originalmente pretendido pelos legisladores independentemente de mudanças que venham a ocorrer na sociedade, então sucederá o insucesso do projeto constitucional, senão mesmo sua implosão. Afinal, como já foi dito, constituições não são pactos de suicídio coletivo.

Até aqui, nada parece realmente problemático, mas considere o seguinte: quando uma interpretação do direito constitucional determina flexibilizar um pacto político traduzido em lei – digamos, quando o Supremo contorna uma regra para evitar efeitos indesejáveis, como uma queda de receita do Estado, uma quebradeira generalizada ou um impasse político qualquer –, então a legitimidade que o direito empresta à construção da democracia é ela própria comprometida. A sintaxe consagrada do esquema constitucional – um governo

de leis, e não um governo de homens, para ficarmos com a máxima dos anglo-saxões – requer que a lei possa em boa medida ser interpretada objetiva e independentemente das veleidades e interesses de ocasião. Logo, a aceitação fácil da reconstrução do texto e da sua abertura para a transformação pode comprometer não apenas a segurança jurídica, mas (para insistir no ponto) a própria legitimidade do projeto constitucional. E isso tem uma dimensão prática. Quando se reconhece *ex ante facto* a possibilidade de renegociação *ex post facto* de pactos, reduz-se naturalmente a capacidade de que a Constituição atue como ferramenta para coordenação de esforços. Esse é o bê-á-bá da teoria econômica dos contratos, e, se os autores estiverem corretos, como parecem estar, então, para além de sua dimensão simbólica e expressiva, a Constituição tem de fato essa função de encarnar acordos políticos, e esta é uma dimensão propriamente contratual.

É bem verdade que as repercussões práticas do que aqui chamo de paradoxo das constituições transformadoras não precisam ser nem super, nem subdimensionadas. Já se sabe, há muito tempo, que o ideal de segurança jurídica se pode realizar, na melhor das hipóteses, aproximativamente. As versões radicais da tese da indeterminação positiva da lei não são convincentes, e não me parece empiricamente verdadeira a ideia de que o texto de lei seja simplesmente uma embarcação vazia em que os juízes podem confortavelmente acomodar qualquer interpretação. Se isso fosse verdade, a legislação escrita, na qualidade de tecnologia de coordenação social, provavelmente já teria sido abandonada: velhas tecnologias só se mantêm porque sobrevivem ao teste do tempo. No entanto, versões radicais do formalismo tampouco são convincentes, e acreditar que a aplicação da lei possa ser apenas um processo silogístico é realmente, como já se disse, uma ficção infantil. E para além desse problema tão conhecido dos teóricos do direito, contratos de longo prazo, tais como constituições, são comumente celebrados com a convenção implícita de que poderão ser renegociados. É por isso que as boas constituições – aquelas que duram, que são relevantes, que contribuem para a criação de uma cultura democrática – são também constituições vivas. Daí se vê, com clareza, que o direito constitucional está imbricado com a política, e isso não apenas na sua aplicação, mas também na construção legislativa.

E é nesse ponto que está o nó da rigidez complacente. Se o preço da liberdade é, como já se disse, a eterna vigilância, então o preço da transformação

pela via constitucional é a incerteza – não só jurídica, mas também política, isto é, tanto de caminhos quanto de destino. Em meio à (até certo ponto desejável, e talvez mesmo inevitável) crítica a certo pensar jurídico liberal, corremos o risco, na rebarba dos cada vez mais influentes grupos não liberais, hoje especialmente localizáveis no campo socialista, de perder também o ideal substantivo liberal – que é de diversidade, mas também de propriedade privada, contratação autônoma, livre-iniciativa e liberdade. Em particular, o viés constitucional consensualista, que faz com que a política convirja para o centro, pode ser apenas o percurso para a hegemonia ideológica. É conhecida a observação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva quando, ao comentar a disputa presidencial de 2010, jubilosamente perguntou a uma animada plateia: “você quer conquista melhor do que numa campanha neste país a gente não ter nenhum candidato de direita?”. Mas diversidade ideológica certamente ainda existe na sociedade, e se não é identificável na política, algo está errado. É por isso que na América Latina o caminho da servidão poderá se dar a partir de percursos surpreendentes. A rigidez complacente brasileira merece de fato ser celebrada; mas, diante das incertezas, convém fazê-lo de modo austero.

SOBRE OS AUTORES

Bruno Meyerhof Salama

Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

Dimitri Dimoulis

Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

Francisca Pou Gímenez

Professora associada do Instituto Tecnológico Autónomo do México (ITAM).

Leonardo Avritzer

Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Luciana de Oliveira Ramos

Coordenadora do Centro de Pesquisa Jurídicas Aplicadas da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

Luz María Sánchez

Professora da Universidade Nacional da Colômbia (UNC).

Maurício García Villegas

Professor da Universidade Nacional da Colômbia (UNC).

Oscar Vilhena Vieira

Diretor e professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

Paulo André Nassar

Professor da Faculdade Ideal (DeVry/FACI).

Roberto Gargarella

Professor da Universidade de Buenos Aires (UBA).

Rodrigo Uprimny

Professor da Universidade Nacional da Colômbia (UNC).

Ronaldo Porto Macedo Junior

Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP) e da Universidade de São Paulo (USP).

Rubens Glezer

Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).

Soraya Lunardi

Professora da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp).

ISBN-13: 978-85-64678-32-3



9 788564 678323

LIVRE *para*

LER PARTILHAR COPIAR PENSAR