

CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: SOBRE COMO O  
RECONHECIMENTO DA SINGULARIDADE PODE TRABALHAR CONTRA A  
EFETIVIDADE

*LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONALISM: ABOUT HOW ACKNOWLEDGING  
SINGULARITY MAY TURN AGAINST CONSTITUTIONAL EFFECTIVENESS*

*CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: CERCA DE COMO EL  
RECONOCIMIENTO DE LA SINGULARIDAD SE PUEDE VOLVER CONTRA LA  
EFECTIVIDAD*

VANICE REGINA LÍRIO DO VALLE<sup>1</sup>

RESUMO:

Os últimos anos do século 20 inauguram uma nova era no constitucionalismo, especialmente entre países enfrentando desafios relacionados com a transição política, a restauração da democracia e a superação de um legado de violência e exclusão social. Essas tarefas foram enfrentadas com o uso de fórmulas de transição sistematizadas numa categoria identificada como constitucionalismo de transição – ou mesmo, constitucionalismo de transformação. O mesmo fenômeno se verificou na América Latina, e essas experiências foram também agrupadas numa categoria teórica denominada constitucionalismo latinoamericano. O presente trabalho está dedicado a demonstrar que ambos os conceitos se relacionam a uma mesma ideia central: o papel das constituições na promoção de real transformação de sociedades dinâmicas, dirigida pelo objetivo final de inclusão social e promoção da equidade. Mais do que demonstrar a proximidade teórica, o objetivo é evidenciar que construir a ideia de singularidade do constitucionalismo latinoamericano não deve resultar num isolamento cognitivo que abdica das lições, por vezes duramente aprendidas por outros países também envolvidos em transformação – ainda que não na América Latina.

PALAVRAS-CHAVE:

constitucionalismo latinoamericano – constitucionalismo de transição – aprendizado por referências recíprocas

ABSTRACT:

The final years of the 20<sup>th</sup> century inaugurate a new era in constitutionalism, especially among countries facing challenges related with political transition, restoration of democracy and overcoming a legacy of violence and social exclusion. These tasks were held by transitional formulas, systematized in a category named transitional

---

<sup>1</sup> Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, vinculada à linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Pós-doutorado em Administração pela EBAPE/FGV-Rio; Doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Procuradora do Município do Rio de Janeiro.

constitutionalism – or even transformative constitutionalism. The same phenomena happened in Latin America, and these experiences were also grouped in a theoretical category named latin-american constitutionalism. The present paper is dedicated to demonstrate that both concepts relates with the same core idea: the role of constitutions in promotion real transformation in changing societies, driven by the goal of social inclusion and promotion of equity. More than demonstrating that theoretical proximity, the aim is to evidence that building the idea of a singularity in latin-american constitutionalism should not result in a cognitive isolation that abdicates of sometimes hard lessons already learned by othes countries also engaged in transformation – even tough, not in Latin America.

**KEY-WORDS:**

latin-american constitutionalism – transitional constitutionalism – cross referencing learning

**RESUMEN:**

Los últimos años del siglo XX inauguran una nueva oleada en el constitucionalismo, particularmente entre países que hacen frente a desafíos alusivos a la transición política, la restauración de la democracia y la superación de un legado de violencia y exclusión social. Esa tarea se enfrentó con las formulas de transición sistematizadas en una categoría identificada como constitucionalismo de transición – o igual, constitucionalismo de transformación. el mismo fenómeno se verifico en América Latina, e esas experiencias fueron agrupadas en una categoría teórica llamada constitucionalismo latinoamericano. En el presente artículo, intentase demostrar que los dos conceptos giran cerca de la misma idea central: el papel de las constituciones en la promoción de una real transformación en sociedades dinámicas, dirigidas por un final objetivo de promover la inclusión social e la equidad. Más allá, lo que se intenta es evidenciar que la construcción de la singularidad del modelo de constitucionalismo latinoamericano no pude resultar en un aislamiento cognitivo que renuncia a las lecciones, por veces duramente aprendidas por otros países también involucrados en transformación – aunque no situados en América latina.

**PALABRA-CLAVE:**

constitucionalismo latinoamericano – constitucionalismo de transición – aprendizaje por recíprocas referencias

**SUMÁRIO:**

1. Introdução; 2. Constitucionalismo latino-americano: um conceito formulado a partir de pontos comuns; 2.1 Estrutura de poder, hiperpresidencialismo e a neutralização das soluções de excessiva concentração; 2.2 Direitos socioeconomicos como mecanismos de inclusão social; 2.3 Incorporação do multiculturalismo como elemento integrante do sistema jurídico; 3. Transição e transformação como elemento central impulsionador de distintas experiencias constitucional; 4. Desafios postos ao constitucionalismo latinoamericano a partir da perspectiva

de outras experiências de constitucionalismo transformador; 4.1 Mudança na cultura legal como condição à agenda de transformação; 4.2 Judiciário como potencializador da transformação – e não como seu protagonista; 4.3 Antecipação dos riscos institucionais e democráticos de uma visão aspiracional do constitucionalismo; 5. Constitucionalismo latinoamericano e o difícil equilíbrio entre a garantia da identidade e o isolamento cognitivo: considerações finais.

## 1. INTRODUÇÃO

A última década do século XX representou sem dúvida, momento especialmente provocador para o constitucionalismo brasileiro. Se de um lado, na esteira da redemocratização nacional e inspirado pelas experiências recentes de Portugal e Espanha, vivenciou-se em terra *brasilis* nosso peculiar processo constituinte que, desafiando expectativas mais pessimistas, resultou numa Carta Constitucional apta a conduzir o país nos mares revoltosos da consolidação democrática; de outro lado a fonte principal de inspiração teórica, a saber, o Velho Continente, direcionou suas atenções a outro processo de construção do convívio multinacional, engendrando um singular sistema jurídico onde constituições nacionais coexistem com o direito comunitário numa sofisticada rede de referências e subordinações recíprocas<sup>2</sup>.

Importante ainda ter-se em perspectiva que os primeiros anos de aplicação da Carta de 1988 se viram notadamente influenciados pelos imperativos de consolidação da ordem democrática, com ênfase na dimensão representativa desse mesmo pilar; e pela estabilização econômica, circunstância que postergou pelo menos para a segunda metade de década de 90 os problemas teóricos de operação da constituição que se cunhara – revestida de compromissos valorativos, com uma extensa pauta de prioridades no campo

---

<sup>2</sup> A experiência da União Européia e a construção do sistema normativo comunitário despertou – e ainda desperta – dificuldades compreensivas que compreendem desde a “pensabilidade de uma constituição divorciada do Estado e da Nação” (CANOTILHO, J. J. Gomes de. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 201), até alcançar a temática da legitimação da construção desse mesmo sistema estruturante – e das decisões políticas subsequentes (SCHAPF, Fritz W. Legitimacy in the Multi-level European Polity. in DOBNER, Petra e LOUGHLIN, Martin. *The twilight of constitutionalism?* Great Britain: Oxford University Press, 2010, p. 89-119).

da inclusão social pela enunciação de direitos fundamentais de distintas dimensões, e ainda com uma forte aposta institucional na participação como mecanismo de controle de fidelidade dos poderes políticos para com seus propósitos fundamentais.

Ao final dos anos 90, todavia, a fonte de produção europeia já não nos socorreria mais. Os ecos do neoconstitucionalismo chegaram e foram prontamente incorporados pelos estudiosos; todavia seus marcos histórico, filosóficos e teóricos, dissecados por Barroso<sup>3</sup>, reforçaram o sentimento constitucional e a irradiação dos valores do Texto Fundamental para todos os ramos do Direito; mas de outro lado intensificaram a judicialização da vida e da política<sup>4</sup>. Têm-se assim evidenciada a fragilidade do modelo institucional da Carta de 1988 no que toca à concretização e garantia daquele mesmo projeto de mudança da realidade nacional vislumbrado na constituinte, já que a intensa provocação do controle via *judicial review* da adequada implementação das promessas fundantes está a evidenciar, quando menos, que a sociedade deseja mais do que efetivamente se tem<sup>5</sup>.

A tentativa da doutrina de valer-se uma vez mais ao pensamento europocêntrico frustrou-se; mesmo um ensaio de aproximação com o pensamento norteamericano se deu (em que pese as profundas diferenças históricas e de modelo)<sup>6</sup>, sem que nisso se pudesse encontrar um caminho de entabulação de um verdadeiro diálogo constitucional<sup>7</sup> que se revelasse profícuo no atendimento às crises vivenciadas pelo modelo brasileiro.

---

<sup>3</sup>BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 18 de junho de 2012.

<sup>4</sup>Na realidade, não se tinha aí fenômeno inteiramente novo – já nos idos de 1999, Werneck Vianna publicizava os resultados de extensa pesquisa que dava conta da judicialização da política no cenário brasileiro – quadro esse que, revisitado pelo mesmo autor dezessete anos depois, seguia sem substantiva modificação (WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999; e WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo Baumann, e SALLES, Paula Martins, Dezessete anos de judicialização da política, *in Tempo social*, São Paulo, vol. 19, n.º 2, 2007, pp. 39-85, disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso), acesso em 26 de julho de 2010).

<sup>5</sup>Esclareça-se de já que a judicialização em si significa, não necessariamente uma patologia do poder, como se costuma afirmar; mas sim que o jurisdicionado se crê destinatário de uma ação estatal ou prestação que não lhe foi concretamente assegurada. Ainda nesta hipótese, de um descompasso entre a representação no imaginário popular do que lhe tenha sido prometido pela Carta Fundamental e aquilo que tenha sido ofertado pelo Estado, cumpre atuar para aproximar esses pontos de perspectiva – sem o que, abre-se possibilidade para uma sempre perigosa erosão do sentimento constitucional.

<sup>6</sup>MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição*, [on line], disponível em <<http://jusvi.com/artigos/2110>>, acesso em 28 de maio de 2012.

<sup>7</sup>VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle ; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário? *Jurispoiesis* (Rio de Janeiro), v. 12, p. 321-348, 2009.

Nesta mesma época, o cenário internacional fervilhava de inusitadas experiências, com a exploração de novos modelos de constitucionalismo – a ponto de provocar a indagação de Dobner e Loughlin<sup>8</sup>, acerca de um eventual momento de crepúsculo dessa mesma ideia. Assim, das reformulações jurídico-institucionais resultantes da transição do Leste Europeu<sup>9</sup>, passando pelo movimento de transformação da África do Sul<sup>10</sup>, até o modelo vivenciado na latinoamérica<sup>11</sup>; muitas são as experiências que se tem vivido de construção e aplicação de textos constitucionais que vejam a si mesmos como alavancas de Arquimedes no processo de reconstrução de um Estado.

Lançar o olhar a essas novas experiências se constitui um imperativo, seja pela necessária abertura cognitiva que deve presidir a reflexão científica; seja pela proximidade histórica e sociológica que a realidade brasileira mantém com muitos destes países.

No cenário do Cone Sul, destaca-se a anunciação de um constitucionalismo latinoamericano, movimento que, por congregar experimentos ditados em parte por um passado comum<sup>12</sup>, estaria a encontrar tradução mais próxima da realidade dos países envolvidos – circunstancia que supriria a ausência do referencial europeu, possivelmente com vantagens.

É certo que a Carta de Outubro se apresenta como uma das primeiras tentativas de reorganização institucional na onda de redemocratização que alcançou a América

---

<sup>8</sup> DOBNER, Petra e LOUGHLIN, Martin. *The twilight of constitutionalism*. Great Britain: Oxford University Press, 2010. Destaque-se que a reflexão empreendida na referida obra tem em conta justamente as provocações atinentes a um constitucionalismo sem Estado – seja o de modalidade societal, seja aquele da própria experiência da União Européia. Um ponto comum, todavia, que aplicar-se-á ao tema principal desta cogitação é o sepultamento de uma velha concepção constitucionalismo que se construía a partir de um marco zero de toda ordem jurídica e organização social, cujo olhar se voltava tão-somente para o futuro, olvidando o passado daquela mesmo coletividade que ele se propunha reger.

<sup>9</sup> YEH JIUNN-RONG e CHANG WEN-CHEN, The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective (March 31, 2009). *National Taiwan University Law Review*, Vol. 4, No. 1, pp.145-183, 2009, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1482863>> , acesso em 3 de fevereiro de 2012.

<sup>10</sup> KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 *South African Journal on Human Rights* (1998), e LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch L. Rev.*, 2006, [online], disponível em <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>> , acesso em 1º de abril de 2012.

<sup>11</sup> GARGARELLA, Roberto e COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes*. Naciones Unidas-Chile: Naciones Unidas, 2009.

<sup>12</sup> Em que pese às similitudes de vivências históricas em países originários de uma mesma raiz colonialistas, não se pode olvidar as particularidades de cada qual, que se refletem nos respectivos textos constitucionais. O eixo central da transformação – pelo reencontro com o viver democrático parelho ao desejo de inclusão social – se manifesta em todos os textos do chamado constitucionalismo latinoamericano, respeitadas as diferenciações de cada processo político.

Latina – donde não se pode afirmar se constitua propriamente uma emblemática representante de um já identificado e equacionado fenômeno jurídico-político sistematizado como constitucionalismo latinoamericano. De outro lado é inegável o desafio comum do enfrentamento de realidades bastante assemelhadas, seja no plano histórico, seja no social.

Desponta a indagação acerca da efetiva originalidade ou particularidade desse conjunto de iniciativas que se associa ao constitucionalismo latino-americano; não num exercício (des)qualificador do movimento, mas como ponto de partida para uma proposta de abertura cognitiva e de verdadeiro construtivismo constitucional.

A cogitação principal aqui enfrentada não envolve as causas histórico-políticas de cada experiência constitucional nos países da América Latina, mas a análise de seus elementos comuns enquanto proposta normativa de conteúdo constitucional – ponto de partida para avaliar a existência em si de um singularidade no referido movimento, e os limites que essa mesma particularidade possa apresentar. Afinal, individualizar um fenômeno é estratégia que traz sempre consigo o risco do seu isolamento – e isso pode se revelar, em tempos de transconstitucionalismo, a contramão da histórica.

O presente trabalho desenvolve-se portanto nas seguintes partes: 1ª) uma síntese dos elementos apontados como identificadores do que seja o constitucionalismo latinoamericano<sup>13</sup>; 2ª) a demonstração do intento transformador como elemento central de experiências que transcendem ao constitucionalismo latinoamericano; 3ª) apontamento dos desafios ao constitucionalismo vivido na América Latina a partir da perspectiva de outras experiências de redemocratização transformadora. Finalmente, em conclusão, apresenta-se a advertência quanto ao difícil equilíbrio entre identidade da experiência constitucional e a pretensão universalizante que a ideia em si de constitucionalismo democrático enquanto matriz de estrutura e teleologia do poder possa traduzir<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Não se adentrará aqui na análise dos condicionantes do processo político de cada país, sob pena de transbordar-se em muito o limite do possível num artigo científico.

<sup>14</sup> BACKER, Larry Catá. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems (September 22, 2008). *Penn State Law Review*, Vol. 113, No. 3, 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1272264>>, acesso em 20 de julho de 2012.

## 2. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONCEITO FORMULADO A PARTIR DE PONTOS COMUNS

A reflexão em torno do que se convencionou denominar constitucionalismo latinoamericano opera-se não como provocação doutrinária prévia aos movimentos políticos ali havidos e sua respectiva tradução jurídica; mas ao contrário, como exercício reflexivo em torno de um conjunto de experiências constitucionais reunidas pelo traço comum histórico e geográfico<sup>15</sup>, que apresentavam similitudes que reclamavam uma sistematização teórica a permitir o aprofundamento de seu estudo<sup>16</sup>.

Um primeiro marco a diferenciar essas mesmas vivências estaria a envolver os mecanismos políticos que conduziram à elaboração dos respectivos textos constitucionais, muitas vezes com os maiores índices de participação popular que se tinha registrado na história de cada qual daqueles países<sup>17</sup>. Também a conformação em si da própria assembleia constituinte no que toca à crônica dos embates políticos havidos ao longo desse mesmo momento fundacional revela-se um elemento de distinção nos respectivos países da América Latina. Embora aí já se tenha um vasto objeto de cogitações possíveis envolvendo legitimidade e a natureza da transição política que se cunhava, não é esse o foco principal da análise ora proposta.

---

<sup>15</sup>Registre-se a posição de Sousa Santos que, embora tenha em perspectiva de forma mais próxima as recentes experiências do constitucionalismo latinoamericano, alude a uma epistemologia do sul, sublinhando que as características que especificam o processo na América Latina podem ser facilmente reconhecidas em outros movimentos constitucionais envolvendo países no mesmo estágio de desenvolvimento – a rigor, ter-se-ia já aí uma primeira aproximação entre constitucionalismo latinoamericano e a modalidade já antes examinada, constitucionalismo de transição (SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 43-44).

<sup>16</sup>É de Pastor e Dalmau o destaque distinguindo o fenômeno latinoamericano do neoconstitucionalismo, de que enquanto este último se construiu originariamente como corrente doutrinária, objeto de anos de sistematização acadêmica; o constitucionalismo latinoamericano é um fenômeno que se construiu fora do cenário acadêmico, produto mais das reivindicações dos movimentos sociais do que da reflexão dos constitucionalistas, pelo que estaria ainda a carecer de uma coesão e articulação como sistema fechado de análise e proposição de um modelo constitucional (PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martínez. *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* [on line], disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>, acesso em 21 de junho de 2012).

<sup>17</sup>O índice particular de envolvimento popular no processo de elaboração do texto constitucional se tem presente igualmente na Assembleia Constituinte Brasileira, inclusive com a possibilidade regimental de apresentação de Emendas Populares, que se materializaram em 122 propostas, acompanhadas de 12.277.423 assinaturas (COELHO, João Gilberto Lucas. A nova ordem constitucional brasileira e os debates sobre reformas. *Indicadores Econômicos FEE*, Vol. 23, No 3 (1995), p. 137-149).

Na emergente literatura no tema, pode-se apontar na perspectiva estritamente jurídico-preceitual, alguns eixos principais que estariam a permitir a pretendida sistematização dos mais recentes textos constitucionais promulgados na América Latina sob um mesmo movimento: 1) forma de estruturação do poder; 2) ênfase nos direitos sociais e na promoção da inclusão; e 3) incorporação mais radical do multiculturalismo como componente em si do sistema jurídico.

## 2.1 ESTRUTURA DE PODER, HIPERPRESIDENCIALISMO E A NEUTRALIZAÇÃO DAS SOLUÇÕES DE EXCESSIVA CONCENTRAÇÃO

No campo da estruturação do poder, um ponto de partida na criação do indicado novo sistema é o estado de instabilidade política que se consolidara em relação aos países da América Latina, revelando uma inaptidão do modelo existente para conduzir o processo político e as tensões a ele inerentes<sup>18</sup>. Isso porque, não obstante a afirmação de que pudesse ter nos modelos vigentes na América Latina, democracias delegativas, esse quadro se tem por agravado pela baixa capacidade das estruturas institucionalizadas de poder político organizado para disciplinar a interação estratégica entre agentes sociopolíticos<sup>19</sup>. Isso porque a disciplina ordinária das instituições políticas identificadas com um exercício democrático do poder num cenário de poliarquia, não se mostrava suficiente para o afastamento de outros elementos de informais de distorção desse mesmo jogo do poder como o particularismo, a patronagem, o nepotismo, dentre outros<sup>20</sup>; todos concorrendo para uma prática política apartada de um elemento central de seu desenho ideal, a saber, a orientação por motivos e resultados universalistas. Significa dizer que o jogo político compreendia outros atores e estratégias, que não aquelas integrantes do seu plano institucionalizado; com isso, não obstante o atendimento às regras formais de

---

<sup>18</sup> Denunciando um desbalanceamento entre as prerrogativas do Presidente, e as possibilidade de intervenção dos partidos políticos na América Latina, na perspectiva de análise dos pontos de veto e dos *veto players*, consulte-se MALAMUD, Andrés. *Presidentialism in the Southern Cone. A framework for analysis. European University Institute Working Paper SPS n° 2001/1*, Florence [on line], disponível em <<http://catedras.fsoc.uba.ar/deluca/Malamud.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2012.

<sup>19</sup> REIS, Fábio Wanderley. Diálogos com Guillermo O'Donnell. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 92, Mar. 2012. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002012000100010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100010&lng=en&nrm=iso)>, acesso em 24 de julho de 2012, p. 143-151.

<sup>20</sup> O'DONNELL, Guillermo. Uma outra institucionalização: América Latina e alhures. *Lua Nova*, São Paulo, n. 37, 1996. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451996000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451996000100002&lng=en&nrm=iso)>, acesso em 28 de julho de 2012.

acesso, alternância e exercício do poder; os resultados desse processo nem sempre se poderiam qualificar como verdadeiramente democráticos<sup>21</sup>.

Mesmo nos desenhos mais alinhados com as tradicionais concepções da teoria do Estado, onde a institucionalização do poder político organizado partia da ideia central de equilíbrio e harmonia; o que se verificou em concreto, foi uma tendência ao denominado hiperpresidencialismo<sup>22</sup> – onde a excessiva concentração de poder em mãos do Chefe do Executivo, ao revés de facilitar a concretização dos programas de governo, culmina por contribuir fortemente para a instabilidade política, na medida em que qualquer evento/circunstância que venha a se abater em relação a esse titular polariza as atenções, paralisando a máquina estatal até a sua superação<sup>23</sup>. Some-se a essa concentração o já apontado traço do particularismo, e o resultado é uma prática política guiada por motivos igualmente particularistas, com a dissipação das fronteiras entre o público e privado. De outro lado, natural que numa equação que se pretendia operasse sob o signo do equilíbrio, o espaço destacado de um dos braços de poder resultasse no apequenamento dos demais.

Se as patologias decorrentes de anteriores padrões normativo-estruturantes propiciadores do hiperpresidencialismo se tinham presentes no debate constituinte; nem por isso se pode afirmar tenham os Textos Fundamentais que dele resultaram expurgado integralmente a presença de um Executivo forte, responsável primário pela condução de vários aspectos relevantes da vida política – elemento da arquitetura do poder que encontra raízes históricas na construção destes Estados. Esse é um resultado que se pode explicar a partir da constatação de que várias dessas experiências de reinstitucionalização da ordem democrática tenham encontrado no mesmo Executivo que se cogitava conter, um importante impulsionador da transição política.

---

<sup>21</sup> Importante consignar a nota de diferenciação, no que toca à própria estabilização dos elementos tradicionais da poliarquia, do cenário argentino, onde a abertura à democratização de forte viés populista interrompeu o processo histórico de juridificação das relações de poder, resultando na implantação de uma dinâmica política desconstitucionalizante. (PERUZZOTTI, Enrique. Constitucionalismo, populismo y sociedad civil. Lecciones del caso argentino. *Revista Mexicana de Sociología*, nº , Vol. 61, octubre, diciembre 1999, p. 149-172).

<sup>22</sup>CARPISO, Jorge. Tendencias actuales del constitucionalismo latino-americano. *Revista Derecho del Estado* no. 23, diciembre de 2009, p. 16 e GARGARELLA, Roberto. 200 años de constitucionalismo en América Latina, mimeo disponibilizado pelo autor, p. 198-199.

<sup>23</sup>Apontando possível origem histórica para esse ponto comum nos textos constitucionais latinoamericanos, Belaunde rememora a referebilidade então empreendida, na organização institucional dos países deste continente, às experiências espanhola e francesa; e ainda à ausência de experimentação naqueles mesmos países, de autogoverno – como se dera nas colônias norteamericanas (BELAUNDE, Domingo García. El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias. *Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte, MG, Brasil, número 5, jan/jun. de 2005).

A solução institucional culmina por se encaminhar no sentido da consagração de mecanismos de participação popular<sup>24</sup> – seja na construção de deliberação pública, seja no exercício do controle do poder – que possam, se não neutralizar os efeitos deletérios do hiperpresidencialismo; ao menos criar outros canais de manifestação da sociedade que possam se contrapor a essa fragilidade. Identifica-se portanto nos Textos Fundantes na América Latina do final do século XX, a presença de institutos como o referendo, a iniciativa popular<sup>25</sup>, a revocatória de mandato<sup>26</sup>, o requerimento de prestação de contas<sup>27</sup>, dentre outros.

Importante destacar também as cláusulas constitucionais assecuratórias da autonomia técnica ou institucional de órgãos como o Ministério Público contidas em textos como o do Equador<sup>28</sup>, Argentina<sup>29</sup> e do Brasil; além de outras referências a essa mesma instituição, ainda que sem as mesmas cláusulas de autonomização naquelas da Colômbia<sup>30</sup>, Paraguai<sup>31</sup>, El Salvador<sup>32</sup> e Peru<sup>33</sup>. Em que pese os distintos níveis de implementação dessa ideia, inegavelmente o robustecimento de uma instituição independente de controle do poder inserida, todavia, dentro do próprio Estado é estratégia de consolidação de contrapoderes<sup>34</sup> das vias de controle popular e portanto, materializam

---

<sup>24</sup> A importância da participação se apresenta em referências preambulares, ou mesmo na abertura de textos constitucionais como o da Colômbia. O modelo mais amplo nesse compromisso – ao menos no campo da literalidade do texto – de participação é aquele do Equador, onde se pretende o envolvimento da cidadania como protagonistas, na tomada de decisões, planejamento e gestão de assuntos públicos, e no controle popular das instituições do Estado e da sociedade, e de seus representantes, num processo permanente de construção do poder cidadão (art. 95).

<sup>25</sup> Constitución de La Republica Argentina, art. 39. Registre-se esteja a iniciativa popular das leis encartada em Capítulo constitucional denominado “Novos direitos e garantias”, com o que se confere especial destaque ao aspecto inovador da cláusula naquela experiência constitucional – que todavia, já se vira preceituada em constituintes anteriores, como é o caso mesmo do Brasil.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Fabio Correa Souza de e GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latinoamericano. in CARVALHO, Flavia Martins de e VIEIRA, José Ribas (org.). *Desafios da Constituição: democracia e Estado no Século XXI*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011, p. 333-351.

<sup>27</sup> Constitución de La República del Peru, art. 31.

<sup>28</sup> No texto da Constituição do Equador, a par da Fiscalía General Del Estado, revestido de autonomia administrativa, econômica e financeira (art. 194), têm-se ainda, com as mesmas cláusulas de blindagem institucional, a previsão da Defensoría Pública (art. 192).

<sup>29</sup> Constitución da República Argentina, art. 120. Registre-se o emprego na literalidade do preceito da fórmula “organo independiente con autonomia funcional y autarquia financiera”, distinta da matriz mais comum na matéria, posto que conjugando numa mesma estrutura institucional alusão à condição de órgão e de autarquia.

<sup>30</sup> Constitución Política de La Republica de Colombia, arts. 275 e seguintes.

<sup>31</sup> Constitución de La Republica del Paraguay, art. 244 e seguintes.

<sup>32</sup> Constitución de La República de El Salvador, art. 192 e seguintes.

<sup>33</sup> Constitución de la República del Peru, art. 158 e seguintes.

<sup>34</sup> É de Diogo de Figueiredo – analisando o modelo brasileiro de Ministério Público e demais funções essenciais à justiça – a afirmação de que instituições como estas, destinadas à tutela do interesse coletivo e revestidas de autonomia institucional, destinam-se a figurar como canal de vocalização do querer social,

igualmente cláusula de neutralização do espaço ampliado do presidencialismo na latinoamerica.

O tempo transcorrido desde a disseminação dessa alternativa de harmonização de forças não permite ainda um diagnóstico de seu sucesso, sendo de se registrar, todavia, algum ceticismo na doutrina, seja em relação à arquitetura proposta em abstrato<sup>35</sup>; seja tendo em conta já episódios da vida política que permitam a afirmação de que tal arranjo possa culminar por se apresentar manifestação de verdadeira constituição-fachada<sup>36</sup>.

## 2.2 DIREITOS SOCIOECONOMICOS COMO MECANISMOS DE INCLUSÃO SOCIAL

Segundo traço distintivo apontado do constitucionalismo latinoamericano se tem na sua inequívoca opção pela generosa enunciação de direitos fundamentais, notadamente os de cariz socioeconômica<sup>37</sup> – acompanhada, para fins de assegurar-se a sua efetividade, de um sistema de jurisdição constitucional mais ampliado.

Sob a perspectiva histórica, justifica-se esse sobrevalorização de tais direitos – revestidos nos novos experimentos constitucionais de eficácia imediata<sup>38</sup> – a partir da um legado do passado de exclusão e cisão social, que só se poderia superar a partir de uma

---

instrumentalizado por um aparato institucional que permitiria mais facilmente o exercício do dissenso em relação às decisões originárias do poder estabelecido. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Ano 2011, n.258 set. / dez.).

<sup>35</sup>“No se trató, simplemente, que las nuevas Convenciones Constituyentes que llegaron desde los 1980s no dedicaron sus principales energías a combatir el hiper-presidencialismo. En una mayoría de casos, ellas descuidaron la cuestión (es decir, no actuaron bajo el supuesto de que el tema constituía un “drama” crucial para el país, a ser resuelto a través de una reforma constitucional), o directamente se dirigieron a satisfacer las aspiraciones cortoplacistas y auto-interesadas del Presidente en ejercicio, reforzando de ese modo algunos de esos mismos rasgos del presidencialismo que años atrás muchos habían querido combatir.” (GARGARELLA, Roberto. *200 años de constitucionalismo en América Latina*, mimeo disponibilizado pelo autor, p. 199-200).

<sup>36</sup>CASAL, Jesús M.. De la Constitución nominal a la Constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011, p. 361-382.

<sup>37</sup> A constituição equatoriana elenca direitos socioeconômicos sob uma classificação geral de direitos ao bem viver (Capítulo Segundo), que compreendem água, alimentação, ambiente sadio, educação e saúde – a par de uma referência específica às pessoas ou grupos de atenção prioritária. O texto colombiano, por sua vez, inclui nesse mesmo elenco o direito ao esporte, em suas manifestações recreativas e competitivas (art. 52). Interessante ainda a referência na categoria de direitos fundamentais, pela constituição paraguaia, de direito à inviolabilidade do patrimônio documental das pessoas (art. 36), e do acesso aos meios massivos de comunicação social do Estado (art. 31).

<sup>38</sup> Registre-se a exceção da previsão contida no Texto Fundamental da Venezuela, onde se tem, em seu art. 19, a submissão dos referidos direitos fundamentais de segunda dimensão ao princípio da progressividade. Em outra passagem, a Constituição do Peru, no que toca à garantia específica do direito à seguridade, alude igualmente ao signo da progressividade (art. 10).

perspectiva cognitiva dessa massa de cidadãos excluídos das cogitações do poder<sup>39</sup>, sob pena de por-se em risco o próprio Estado Democrático de Direito.

No contexto histórico, distanciam-se, nesse particular, as constituições forjadas na América Latina nos últimos 20 anos, do debate ainda existente em outras partes do mundo acerca da conveniência da constitucionalização de direitos socioeconômicos, cuja indeterminação de conteúdo e dificuldades de financiamento resultou em outros regimes, no trato desse tipo de dever estatal a partir da perspectiva da legislação ordinária<sup>40</sup>.

Muitas são as explicações possíveis em favor da opção pró direitos socioeconômicos, indo desde sua identificação como um veículo possível da perenização de uma pauta política de reforma e avanço social<sup>41</sup>; passando ainda pelo reconhecimento de que o baixo nível de organização da sociedade como movimento social reivindicador estaria a recomendar esta estratégia de constitucionalização de um patamar mínimo de proteção social<sup>42</sup> que alcançaria posterior desenvolvimento no jogo ordinário da política.

Por uma razão ou por outra, o fato é que a forte presença de direitos socioeconômicos se põe como um traço marcante dos modelos de constituições latinoamericanas, o que suscita de pronto as perplexidades atinentes à sua exigibilidade, bem como à construção de seu conteúdo numa perspectiva de equidade e justiça distributiva, desviando-se das armadilhas da apropriação indevida do discurso veiculado nas cláusulas revestidas de jusfundamentalidade.

---

<sup>39</sup>Nuestro postulado principal es que la exclusión social y económica, derivada de niveles extremos y persistentes de desigualdad, causa la invisibilidad de los muy pobres, la demonización de los que desafían al sistema y la inmunidad de los privilegiados, anulando así la imparcialidad jurídica. En síntesis, la desigualdad social y económica extrema y persistente erosiona la integridad del Estado de derecho.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Desigualdad estructural y Estado de derecho*, in GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 36).

<sup>40</sup>SUNSTEIN, Cass. Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees? (January 2003). *University of Chicago, Public Law Working Paper No. 36*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=375622>>, acesso em 21 de junho de 2012.

<sup>41</sup>Este é o diagnóstico por exemplo, de Vianna em relação à Assembleia Constituinte brasileira, onde o convívio equilibrado, e em delicado ambiente de transição política, entre forças de conservação e aquelas de mudança determinou a inclusão de expressivo elenco de direitos fundamentais, que construiriam quando menos uma inafastável pauta política de deliberação futura, que tenderia a evitar retrocessos no curso da consolidação democrática que viria (WERNECK VIANNA, Luiz. *O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação*. in R. G. Oliven et alii (orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008).

<sup>42</sup>ARANGO, Rodolfo. Constitucionalismo social latinoamericano. in BOGDANDY, Armin von Ferrer, MAC-GREGOR, Eduardo Morales e ANTONIAZZI, Mariela, (coord.). *La Justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un iusconstitucional commune en América Latina?* Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Instituto Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 3-24.

Mais do que a simples enunciação; a proposta externalizada nos documentos constitucionais latinoamericanos das duas últimas opera a partir de uma perspectiva de interdependência com os chamados direitos de liberdade<sup>43</sup>, classificados como fundamentais de primeira dimensão – desconstruindo uma vez mais a antiga tese do caráter necessariamente programático dos direitos socioeconômicos a partir da perspectiva dos custos adicionais que a sua efetividade determinaria.

Uma questão que de pronto se põe quando se cogita da combinação dos dois atributos associados ao constitucionalismo latinoamericano é a consagração – na expressão de Gargarella<sup>44</sup> – de um Texto Fundamental “com duas velocidades”; que a um só tempo concentra o poder com a recepção ainda de um Executivo forte, mas ao mesmo tempo dissemina o poder através de uma distribuição de direitos dos mais variados espectros, ao qual correspondem deveres de agir estatal sindicáveis jurisdicionalmente. O uso, na expressão de Santos<sup>45</sup>, contra-hegemonico de mecanismos hegemônicos, fixando uma pauta de transformações sociais que se vê em tese excluída do comércio político ordinário à conta de um verdadeiro bloqueio de constitucionalidade não permitirá, todavia, que esse conflito reste secundarizado.

O resultado da tensão entre essas duas forças de sinais contrários, é o aumento do espaço institucional do Poder Judiciário – notadamente das respectivas Cortes Constitucionais – identificado como instância garantidora da eventual infidelidade dos demais poderes, no cumprimento do projeto de (re)democratização e inclusão vazado nos respectivos textos constitucionais.

Também neste particular, os resultados concretos da atuação jurisdicional nesse viés garantista não se apresentam homogêneos na realidade múltipla que é a América Latina<sup>46</sup>, figurando como referência de ativismo garantidor desses mesmos direitos, a

---

<sup>43</sup>NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latino-americano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, 2009. Disponível em <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso)>, acesso em 21 de junho de 2012.

<sup>44</sup>GARGARELLA, Roberto. *200 años de constitucionalismo en América Latina*, mimeo disponibilizado pelo autor, p. 203-204.

<sup>45</sup>SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 80.

<sup>46</sup>GIMÉNEZ, Francisca Pou. Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo, in GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2011, p. 234.

Corte Constitucional da Colômbia – além, é claro, da jurisdição brasileira, que vem se orientando em todos os seus níveis (e não só no âmbito do Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional) a essa mesma garantia dos direitos socioeconômicos. Independente das diferenças de intensidade na atuação jurisdicional, o traçado geral das constituições locais promulgadas a partir da década de 80 do século passado contemplava essa variável de um espaço privilegiado em favor da *judicial review* no controle do poder e na efetividade dos direitos fundamentais.

De outro lado, a implementação dessa arquitetura originalmente cogitada – direitos sociais assegurados pela jurisdição – tem suscitado a questão secundária (mas não menos importante) dos mecanismos de legitimação dessas escolhas judiciais, que havidas sob a perspectiva muitas vezes da microjustiça, em sistema que não contemplam sequer a possibilidade de controle por intermédio de ações coletivas, culminam por veicular uma seletividade decorrente de critérios subjetivos que muitas vezes não são percebidos pelo julgador, ou quando menos, não são publicizados<sup>47</sup> de maneira a permitir a formulação de um juízo crítico quanto a seu acerto, especialmente sob a perspectiva do resultado geral desejado, que é a inclusão social.

### 2.3 INCORPORAÇÃO DO MULTICULTURALISMO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO SISTEMA JURÍDICO

Derradeiro vetor que se destaca no constitucionalismo latinoamericano é o compromisso mais radical com o pluralismo, permitindo que seu reconhecimento se expresse como elemento integrante do próprio sistema jurídico, rompendo com a lógica europocêntrica que identifica o direito com a produção estatal, excluindo qualquer outra manifestação normativa que não a oficial<sup>48</sup>.

Essa opção pela incorporação do pluralismo compreenderá desde fórmulas enunciativas mais tímidas<sup>49</sup> até compromissos mais radicais como a garantia em favor

---

<sup>47</sup>CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico, in FARIA, José Eduardo (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, 1ª ed., 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 47-48.

<sup>48</sup>Denunciando o equívoco dessa identificação entre direito e produção estatal, consulte-se GROSSI, Paolo. *La primera lección de derecho*. Trad. Clara Álvarez Alonso, Madrid: Marcial Pons, 2005. Traduzido de *Lezione di Diritto*.

<sup>49</sup>Referindo-se ao pluralismo como valor em seu preâmbulo, têm-se a Constituição da Colômbia (art. 1º) e do Peru (art. 2, nº 19).

dos povos indígenas de conservação de suas formas próprias de convivência e organização social e de geração de autoridade<sup>50</sup>; ainda preservação de sua identidade étnica e cultural, nisto se incluindo a sua cosmovisão, valores e espiritualidade<sup>51</sup>.

O descompasso entre essa concepção monista do direito, e a multifacetada realidade das sociedades plurais, culmina por determinar uma crise de legitimidade em relação à normatividade – donde a ameaça, igualmente, ao próprio Estado de Direito. A integração das diferentes culturas, como estratégia de reconhecimento, passa a se apresentar como um desiderato a ser igualmente perseguido pelas constituições, afastando-se de vez a prática de viés autoritário que via na assimilação o único caminho possível de construção da convivência<sup>52</sup>.

A importância da reinvenção do Estado e da democracia, desmistificando as fórmulas unificadoras da arquitetura do poder e do sistema jurídico é matéria já enfrentada por Santos, ao denunciar o que denominava de “fascismo societal”<sup>53</sup>. É do mesmo autor – já agora na análise específica do constitucionalismo latinoamericano<sup>54</sup> – a afirmação de que a incorporação da coexistência possível de sistemas jurídicos como realidade constitucionalmente reconhecida, expressão das diversas regulações dos múltiplos grupos que coexistem; traduz reconhecimento da própria autonomia e autogoverno desse mesmo grupamento social, o que em última análise, guarda plena consonância com a busca da consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Unidade nacional, portanto, passa a encontrar sua expressão não na homogeneização e supressão das diferenças, mas no seu reconhecimento, afirmando-se o caráter pluriétnico e pluricultural do Estado, estabelecendo-se como princípio

---

<sup>50</sup> Constitución del Ecuador, art. 57, 1 e 9.

<sup>51</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 121 e Constitución de Paraguay, art. 63.

<sup>52</sup> GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. in DENNINGER, Ehard, e GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Ed. e trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 60.

<sup>53</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *Reinventar la democracia, Reinventar el Estado*. Argentina: CLACSO, 2006, p. 29.

<sup>54</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 89.

constitucional a promoção da diversidade<sup>55</sup>, caracterizando aquilo que Uprimny denominará constitucionalismo da diversidade.<sup>56</sup>

Esse novo marco de construção dos textos fundamentais latino-americanos – uma institucionalidade legal que incorpore a realidade plural dos países, especialmente tendo em conta as demandas das populações indígenas – se apresentará mais fortemente num segundo momento dessa onda de reconstrução das ordens jurídicas. Assim, é possível identificar no conjunto latino-americano, pelo menos três distintos tratamentos à interseção entre pluralismo e sistemas jurídicos: 1) ordens constitucionais que silenciam em relação à matéria específica da institucionalidade legal, sem prejuízo de garantia de outros direitos em favor de minorias étnicas ou culturais, dentre os quais se incluem Panamá, Chile, Costa Rica, Argentina e Brasil; 2) aqueles que reconhecem a existência de um direito consuetudinário indígena, sem contudo lhes deferir capacidade para o exercício de jurisdição, dentre os quais se aponta o Paraguai e a Guatemala; e 3) aqueles que não só recepcionam no seu sistema jurídico as regras de regulação social, mas também admitem uma justiciabilidade segundo esses mesmos parâmetros, fixando um paradigma de coexistência, num mesmo Estado nacional, de distintas normatividade – é a experiência das constituições do México, Colômbia, Bolívia, Peru, Equador e Venezuela<sup>57</sup>.

Numa perspectiva mais ampla de pluralismo, é de se destacar igualmente o rompimento do paradigma antropocêntrico, com uma abertura ao reconhecimento dos direitos da natureza e dos animais<sup>58</sup> – buscando superar um já referido descompasso entre a teoria e a prática social, que de há muito incorporou a temática do meio ambiente e daqueles elementos que o integram como necessário objeto de cogitação e reconhecimento pelos sistemas jurídicos.

---

<sup>55</sup>Destaque-se o caráter necessariamente proativo do relacionamento entre Estado e diversidade cultural quando se lhe confere o dever de promoção dessa multiplicidade; mais do que tolerância ou convivência, o que se deseja é a intensificação dessa mesma característica, vivida em ambiente de harmonia social.

<sup>56</sup>UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos, in GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p.112.

<sup>57</sup>ALMEIDA, Marina Corrêa de. A cultura legal emergente latino-americana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. *Revista Brasileira de Estudos Latino-Americanos*. Vol. 1, no. 1, junho de 2011, p. 38-50.

<sup>58</sup>OLIVEIRA, Fabio Correa Souza de e GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latinoamericano. in CARVALHO, Flavia Martins de e VIEIRA, José Ribas (org.). *Desafios da Constituição: democracia e Estado no Século XXI*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011, p. 344-347.

Em linhas gerais, são esses os marcos teóricos orientadores da onda de reformulação constitucional havida na América Latina desde as décadas finais do século XX, que tem permitido à doutrina cogitar de um constitucionalismo particular, que descolado da fixação europocêntrica, poderia construir sua própria identidade na busca de solução dos problemas que lhe são próprios, decorrentes da historicidade e cultura deste mesmo continente. A questão que se põe é examinar a esta altura, o que se possa apresentar igualmente de enganoso, na prática que em nome de qualificar a compreensão do constitucionalismo na América Latina, simplesmente troca o foco principal do olhar, persistindo todavia na limitação de seu universo de pesquisa – se antes a Europa, por uma indisfarçável xenofilia imemorial; agora *los hermanos*.

### 3. TRANSIÇÃO E TRANSFORMAÇÃO COMO ELEMENTO CENTRAL IMPULSIONADOR DE DISTINTAS EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAL

Respeitadas as particularidades dos momentos históricos de cada qual dos países latinoamericanos, indiscutível que a onda de constitucionalização deflagrada ao partir das duas últimas décadas do século XX tem por elemento catalisador a transição política – e consequentemente jurídica – de regimes que se exauriam, seja por uma ausência *ab initio* de legitimidade que nem mesmo a força conseguia mais ocultar; seja por contingências econômicas de um cenário internacional que vivenciava o ressurgir do discurso do liberalismo econômico; seja pelo inconformismo de movimentos sociais que de uma maneira ou de outra, logravam articular-se para manifestar publicamente seu desejo de mudança.

Em momentos como esse, os riscos de um processo de mutação puramente discricionário – ao bel prazer das forças ainda instaladas no poder – é a eclosão de um insuperável conflito social, de modo que a institucionalização da transição constitucional<sup>59</sup> se apresenta como estratégia pacificadora de condução de um movimento

---

<sup>59</sup>As duas expressões são aplicadas por Bonavides, em texto publicado por ocasião da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, destacando ao fato de que a conclusão do processo constituinte apresentava-se tão-somente como linha de fronteira entre uma transição voluntária, concedida pelo poder ainda instalado; e aquela que se deveria verificar nos termos e pelos mecanismos institucionais cunhados na Carta de Outubro. (BONAVIDES, Paulo. A Carta de 1988: o começo da segunda transição. *Revista Forense*, n. 304, v. 84, 1988. 313-315).

sócio-político sensível, que exige a conjugação de uma perspectiva que tenha em conta o legado do passado, e ainda, os desafios da construção de um futuro.

Os eixos temáticos apresentados como espinha dorsal do constitucionalismo latinoamericano corroboram essa ideia, na medida em que incidem exatamente sobre a estruturação do poder, conferindo-lhe de um lado, mecanismos de neutralização dos excessos de concentração pela via da participação popular; e de outro lado, finalidades que lhe subordinam as ações, resgatando a noção do caráter instrumental do poder político organizado, a saber, promover a integração social por intermédio de uma agenda mudanças traduzida primordialmente em direitos socioeconômicos.

Têm-se aqui, em alguma medida, uma ampliação da visão externada por O'Donnell<sup>60</sup>, que associava o processo de redemocratização na América Latina a duas transições: a primeira, que vai desde o regime autoritário anterior até a instalação de um governo democrático; a segunda, que vai desde a instauração deste mesmo governo até a consolidação da democracia política. Recepcionar as pretensões de asseguarção da democracia socioeconômica e de reconhecimento do pluralismo implica num afastamento dos cânones dualistas que limitam-se a extremar ditadura e democracia; a proposta traduzida no constitucionalismo latino-americano, originária também das postulações dos movimentos indígenas, afrodescendentes e camponeses estaria a romper com as tradicionais dimensões de tempo e alcance da transição<sup>61</sup>.

Ocorre que esse mesmo desejo de mudança – e muitas vezes, as suas próprias razões determinantes – não constitui prerrogativa do continente latinoamericano, como já se antecipou no início deste texto. Assim, outros movimentos de constitucionalização em todo o mundo buscavam oferecer resposta a esses mesmos desafios da transição jurídico-política, a saber, superar um legado de violência herdado de tempos passados, e ao mesmo tempo, propor uma sociedade transformada que inspiraria o futuro. Mesmo as condições apontadas como particularizadoras da realidade da América Latina – a presença dos movimentos sociais, a necessidade de conciliação inclusive de distintas culturas, o

---

<sup>60</sup>O'DONNELL, Guillermo. Transiciones, continuidades y algunas paradojas. *Cuadernos Políticos*, número 56, México, D. F., editorial Era, enero-abril de 1989, pp. 19-36.

<sup>61</sup>“Estos movimientos subvirtieron los fundamentos de las transiciones «canónicas» entres dimensiones distintas: a) el inicio y el término de la transición, b) el concepto de tiempo que gobierna la transición y c) las totalidades en cuyo seno ocurre la transición. (SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 62).

reconhecimento de uma temporalidade distinta da tradicional para toda essa metamorfose – são facilmente identificáveis em outras experiências contemporâneas havidas em diversos cantos do globo.

Promover uma ponte entre um passado de uma sociedade profundamente dividida e um futuro fundado no reconhecimento dos direitos humanos, democracia, coexistência pacífica e oportunidades de desenvolvimento – esse é propósito externado, por exemplo, na Constituição Interina da África do Sul<sup>62</sup>.

Esse mesmo objetivo – inclusão social, como decorrência do reconhecimento – se tem igualmente expresso em experiências havidas em países de todo o mundo, do Kenya<sup>63</sup> à Irlanda<sup>64</sup>; da Hungria à Indonésia; cada qual constringida por sua própria historicidade, mas todas orientadas ao mesmo propósito de superação do legado de violência do passado, violência essa que não precisa necessariamente se manifestar pela prática de crimes, mas que muitas vezes encontra na exclusão social sua mais insidiosa e eficiente ferramenta.

De outro lado, essa transformação que aproxima poder e reconhecimento, não se apresenta como uma tarefa que se tenha por pronta e acabada ao final do processo constituinte, seja qual for o mecanismo que para essa deliberação se tenha adotado. Ao contrário, a mutação perseguida envolve o reconhecimento enquanto possibilidade, de uma verdadeira “conversação constitucional”, que se prolonga no tempo, (re)definindo os contornos deste Texto Fundamental, conciliando finalidades postas ao poder político organizado, com a inclusão pluralista como valor<sup>65</sup>.

Em resumo, na enunciação de Klare<sup>66</sup>, constitucionalismo de transformação é uma empreitada de indução de uma mudança social de larga escala, através de processos políticos não violentos e fundados na *rule of law*. Assumindo como verdade a tensão

---

<sup>62</sup>REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. ACT 200 OF 1993 – INTERIM CONSTITUTION. Chapter 15 – National Unity and reconciliation. Disponível em <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/interim/ch15.html>>, acesso em 25 de junho de 2012.

<sup>63</sup>NGURE, Benson Kinyua. *A Revolution of Human Rights in Kenya: Assessing the enforceability of socio-economic rights under the Constitution of Kenya 2010* [online], 14 de junho de 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1864585>, acesso em 25 de junho de 2012.

<sup>64</sup>HART, Vivien. Constitution-making and the transformation of conflict. *Peace & Change*, Volume 26, Number 2, April 2001, pp. 153-176.

<sup>65</sup>HART, Vivien. Constitution-making and the transformation of conflict. *Peace & Change*, Volume 26, Number 2, April 2001, pp. 156.

<sup>66</sup>KLARE, Karl. E. Legal Culture and transformative constitutionalism, 14 *South African Journal on Human Rights* (1998), p. 146 e ss.

inerente entre liberdade e constrições, o constitucionalismo de transição reconhece a incidibilidade entre direito e política, exigindo de seus aplicadores um engajamento com o referido projeto de mudança – externando uma aposta, portanto, no potencial de câmbio que é de se reconhecer ao direito e a seu ferramental de operação.

Disso decorre que nem no constitucionalismo latinoamericano, nem das demais experiências internacionais citadas, não será a finalização do momento constituinte que oferecerá àqueles Estados respostas objetivas e imediatas atinentes aos mecanismos de implementação dessas mesmas estratégias transformadoras. Ao contrário, a combinação dos pilares da mutação – estrutura de exercício e contenção do poder político organizado e agenda de mudanças – estará a exigir uma reconfiguração permanente, sendo de se prevenir que disso decorra uma indesejável fragilização institucional, que poderia dar azo a retrocessos democráticos.

É nesse aspecto que a pretensão de singularidade do constitucionalismo latinoamericano pode se revelar um desserviço à concretização do programa de metamorfose das respectivas sociedades. Isso porque o desafio principal posto à América Latina reside não na enunciação desse novo modelo constitucional, mas na sua concretização, conciliando as “duas velocidades” a que se refere Gargarella<sup>67</sup>, fortalecendo a um só tempo, às estruturas garantistas – mas também o viés democrático. O aprendizado havido nas demais experiências de mesma inspiração pode restar descartado como alternativa, em nome da já referida tipicidade da experiência latinoamericana, em absoluta linha de contraste com ideias mais arejadas, que preconizam o Estado Constitucional Cooperativo<sup>68</sup> e o cosmopolitismo judiciário<sup>69</sup>.

Esse intercâmbio cognitivo – que não deve encontrar obstáculo numa suposta peculiaridade de uma determinada experiência nacional ou continental – pode viabilizar o aproveitamento de institutos e técnicas, ou ainda, o compartilhamento de reflexões havidas em relação aos desafios e ameaças de um constitucionalismo, que em vários pontos do globo, se propõe a alavancar a transformação social.

---

<sup>67</sup> GARGARELLA, Roberto. *200 años de constitucionalismo en América Latina*, mimeo disponibilizado pelo autor, p. 203-204.

<sup>68</sup>“O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação. (HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro - São Paulo-Recife: Renovar, 2007, p. 10).

<sup>69</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, nº 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 1135-1151.

#### 4. DESAFIOS POSTOS AO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO A PARTIR DA PERSPECTIVA DE OUTRAS EXPERIÊNCIAS DE CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

Parece relevante assumir que a efetivação de propostas ambiciosas como as contempladas no constitucionalismo latinoamericano estarão necessariamente a envolver um indispensável pensamento crítico, que reconheça as limitações do direito para disciplinar a política e a comunidade de seus agentes. Assim, a par de uma reflexão instrumental e funcional acerca desse modelo, impõe-se reconhecer que constitucionalismo de transformação deve ser um lugar de atuação e luta política; de engajamento através da lei, um lugar que envolva aproximações conflitivas e perturbadoras<sup>70</sup>.

A proposta de cunhagem de um modelo novo de constitucionalismo – afeito às particularidades históricas e sociológicas da América Latina – caracteriza-se como verdadeiro experimentalismo<sup>71</sup>; espécie de processo constituinte prolongado que gera uma tensão continuada entre o constituído e o constituinte. Nem por isso, o experimentalismo precisa ser um voo cego, sendo nesse particular que a aproximação entre o cenário latinoamericano e as demais vivências em matéria de constitucionalismo pode se revelar útil.

##### 4.1 Mudança na cultura legal como pré-condição à agenda de transformação

Nessa perspectiva, primeiro vetor de composição do cenário de um constitucionalismo de transformação – que terá inteira aplicação igualmente àquele latinoamericano – é o reconhecimento de uma indispensável mutação da cultura legal que há de acompanhar o processo, sem a qual a nova fórmula constitucional, que combina um eixo central de estabilização do poder com a plasticidade necessária a oferecer resposta às mudanças que serão próprias à efetividade da mudança, não encontrará possibilidade de concretização. Nesse mesmo sentido argumenta – tendo em conta a experiência

---

<sup>70</sup>MARLE, Karin Van. Transformative constitutionalism as/and critique. *Stellenbosch Law Review = Stellenbosch Regstrydskrif*, Vol. 20, Issue 2, 2009, p. 286-301.

<sup>71</sup>SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010, p. 111.

colombiana – Cifuentes Muñoz<sup>72</sup>, afirmando que o texto constitucional, num contexto econômico precário e conflitivo, necessita ser interpretativamente recodificado a partir de sua práxis, o que evidencia a necessidade de uma nova cultura legal que oxigene a atualização de sentido e propósito do texto.

Essa mesma mudança de cultura legal, se de um lado deve investir contra um conservadorismo, admitindo a plasticidade de um ordenamento que tem o olhar voltado à viabilização de um projeto de transformação, de outro lado deve exercitar aquilo que Saffon e García-Villegas<sup>73</sup> denominam “otimismo moderado”, significa dizer, com um reconhecimento das possibilidades sim, da ordem jurídica, para facilitar a transformação social; sem que se desconheça de outro lado a sua insuficiência para alcançar esse mesmo resultado, sendo indispensável o concurso de outros elementos contextuais diferentes do direito, como o ativo apoio social e político a esse mesmo processo de cambio.

#### 4.2 Judiciário como potencializador da transformação – e não como seu protagonista

Tendo em conta a presença do Judiciário como possível garantidor desse projeto constitucional no que toca à dimensão de potencialidades do direito, Langa<sup>74</sup> destaca o redimensionado dever de fundamentação das decisões, qualificado agora pela necessária referência, não mais a eventuais fontes autoritativas – o legislativo, ou suas próprias decisões –; mas às ideias e valores contidos no próprio texto constitucional. Isso significará um afastamento dos vetustos dogmas de absoluta separação entre direito e política, que não se identificam enquanto fenômenos, mas que estão inerente e necessariamente relacionados. De outro lado, esse exercício argumentativo de construção de sentido, como fruto do desenvolvimento de um pensamento constitucional, é de ser revelado, auto-referente, e erigido por agregação.

---

<sup>72</sup>CIFUNTES MUÑOZ, Eduardo. El constitucionalismo de la pobreza. *Dereito*, Vol. IV, no. 2: 55-77 (1995).

<sup>73</sup>SAFFON, María Paula e GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. *Derechos sociales y activism judicial*, La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios socio-jurídicos*. Bogotá (Colombia), 13(1): 75-107, enero-junio 2011, p. 84-85.

<sup>74</sup>LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch L. Rev.*, 2006, [online], disponível em <<http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Langa%20Speech.pdf>>, acesso em 1º de abril de 2012.

Nesses termos – particularmente no que toca à efetividade da chamada agenda de inclusão, que encontra canal nos direitos socioeconômicos –; a construção de critérios objetivos de sua asseguarção se apresenta como mecanismo indispensável a uma racionalização do agir judiciário, neutralizando os riscos de uma hipertrofia deste mesmo poder. Afinal, integra igualmente os marcos do constitucionalismo latinoamericano a reafirmação da importância do princípio de separação de poderes como meio de prevenção contra o autoritarismo<sup>75</sup>; e embora seja clara a aposta num protagonismo judiciário no que toca à garantia da implementação da agenda de inclusão, esse resultado é de se dar numa visão ampla, que compreende ainda a reverência não só à função constitucional de cada qual dos poderes, mas também da própria participação como elemento legitimador e de controle contra as patologias do agir cratológico.

Interessará portanto também ao constitucionalismo latinoamericano aportes teóricos como aqueles construídos pela Corte Constitucional sul-africana, nas busca de critérios objetivos e controláveis de implementação gradual de direitos socioeconômicos<sup>76</sup> – onde se tem extenso labor de conciliação entre proteção a direitos, preservação das esferas ordinárias de deliberação política, e ainda de reconhecimento da equidade como viés inafastável nos programas de ação do Estado. Esta pode se revelar uma importante ferramenta para o constitucionalismo construtivista a que se referem Saffon e García-Villegas<sup>77</sup>, que reconhece não só a necessidade de vivificação do texto, mas também de um processo de desenvolvimento desse mesmo edifício teórico que seja paulatino e conciliado com a incorporação dos elementos externos sobre os quais intervém o direito como verdadeiros elementos constitutivos do texto constitucional.

Nunca será demais a ênfase que se possa empreender em relação ao potencial aprendido, no que toca particularmente à implementação de direito sociais, que os países da America Latina possam haver com outros dedicados igualmente ao viver um constitucionalismo de transformação. Isso porque as desigualdades profundas que se

---

<sup>75</sup>BREWER-CARÍAS, Allan R. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p. 21-23.

<sup>76</sup>Para uma visão abrangente e sistematizada da construção jurisprudencial já empreendida no campo do controle da implementação gradual de direitos socioeconômicos, consulte-se RICHARDSON III, Henry J. Patrolling the resource transfer frontier: economic rights and the South African Constitutional Court's contributions to international justice. *African Studies Quarterly*, Volume 9, Issue 4, Fall 2007, p. 81-106.

<sup>77</sup>SAFFON, María Paula e GARCÍA-VILLEGAS, Maurício. Derechos sociales y activismo judicial, La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios socio-jurídicos*. Bogotá (Colombia), 13(1): 75-107, enero-junio 2011, p. 84-85.

estabeleceram desde o passado colonial, e a ansiedade de mudanças provoca uma pressão mais visível nesse elemento do novo Estado, a saber, deveres prestacionais promotores da agenda de inclusão.

#### 4.3 Antecipação dos riscos institucionais e democráticos de uma visão aspiracional do constitucionalismo

Ainda no campo do aprendizado possível de outras experiências de transição, vale a advertência quanto a riscos do viver desse novo modelo.

Dois riscos imediatos se põem em relação a esse protagonismo dos direitos socioeconômicos, e conseqüentemente, da *judicial review* como arena de sua garantia. Primeiro deles é de ordem institucional – aquele dirigido contra a própria jurisdição constitucional, ora prestigiando sua função, ora depreciando-a; conforme se considere conveniente atribuir à atuação do Judiciário um problema político ou social que não tem solução, ou cuja solução envolveria a assunção de um indesejado ônus tendo em conta o respectivo clientelismo político<sup>78</sup>. Esse é o elemento do sempre delicado equilíbrio de forças políticas que se tem por trás no mundializado processo de judicialização de questões políticas – a abertura de um maior espaço institucional em favor do Judiciário não se dá sem alguma anuência dos demais poderes políticos organizados, que podem contra ele se voltar na hipótese da atividade jurisdicional contrariar interesses mais profundos do *establishment*<sup>79</sup>.

A segunda ameaça é atinente a outro pilar do próprio constitucionalismo latinoamericano, a saber, aquele da participação como mecanismo de neutralização dos excessos do passado no que toca à concentração ou personalização do poder. É de Albert<sup>80</sup> a advertência acerca dos desafios de concretização da dimensão participativa do princípio

---

<sup>78</sup>MORALES ANTONIAZZI, Mariela. ¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional. in BOGDANDY, Armin von Ferrer, MAC-GREGOR, Eduardo Morales e ANTONIAZZI, Mariela, (coord.). *La Justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en America Latina?* T. 1. Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Instituto Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 199-240.

<sup>79</sup>Revelando essa visão política do fenômeno hoje mundializado da judicialização da política, consulte-se HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press, 2004.

<sup>80</sup>ALBERT, Richard, Counterconstitutionalism (2008). *Dalhousie Law Journal*, Vol. 31, p. 1, 2008 ; *Boston College Law School Legal Studies Research Paper* No. 183. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1424055>, acesso em 26 de junho de 2012.

democrático, que há de ser erigida de baixo para cima – de modo a que se revele apta a envolver as pessoas de uma mesma comunidade no processo de formulação de escolhas – ; mas ao mesmo tempo direcionada de cima para baixo, na medida em que é o Estado quem constrói as fundações para que esse tipo de prática deliberativa floresça. O excessivo reforço de qualquer das duas dimensões revelar-se-ia patológico; ou pelo risco de descolamento dos valores constitucionalmente fixados como orientadores do convívio social, tais como o processo democrático de deliberação pública, numa deliberação inteiramente livre e desordenada; ou pelo perigo de esvaziamento ou captura num processo de decisão excessivamente manietado pelo Estado.

O reconhecimento desses dois sentidos da construção de uma prática política participativa, associado às “duas velocidades” do constitucionalismo latino-americano já referida, culmina por determinar, particularmente no campo dos direitos socioeconômicos, uma preferência por uma visão mais verticalizada, nem tanto próxima ao fortalecimento do adequado exercício do poder político por cada qual de seus braços institucionais, tudo em desfavor da construção coletiva do processo de superação das desigualdades herdadas do passado. Explica-se.

No tema dos direitos socioeconômicos é ainda o mesmo autor quem traça distintas modalidades de enunciação constitucional – discreta, aspiracional, catalítica e pragmática – correspondendo a cada qual delas um distinto nível de envolvimento participativo. Se o *Bill of rights* caracterizado como discreto, limita sua enunciação àqueles direitos de primeira dimensão materializadores da liberdade em sentido estrito; a enunciação aspiracional usa de linguagem ambiciosa, rejeita as limitações existentes na sociedade contemporânea como ela realmente se apresenta, e ao revés lança-se na busca de uma visão de sociedade como ela deveria ser. Essa parece ser a inclinação do constitucionalismo latinoamericano, confiando no poder transformador do direito, elegendo ao Judiciário como o guardião das promessas.

Todavia – e nisso repousa o risco – um constitucionalismo aspiracional não incrementa a participação; ao contrário, pode reverter contra a autonomia do sujeito, que já teve em relação a si formuladas as escolhas mais substantivas. Mais ainda, sempre se terá o risco, numa visão aspiracional dos direitos fundamentais, de que ali se tenha nada mais do que uma lista irreal de promessas que, restando incumpridas, culminam por solapar o próprio sentimento constitucional.

Por último – mas nem por isso menos importante – anuncia-se a possibilidade de um absoluto desvirtuamento do projeto constitucional, quando a agenda de inclusão social, judicializada, leva a atuações pontuais verificadas especialmente no campo da microjustiça, da demanda individual. Aqui, se de um lado para um importante ator deste processo de transformação – o Poder Judiciário – se cria a falsa impressão de que esse sempre pequeno conjunto de intervenções assecuratórias de direitos socioeconômicos<sup>81</sup> expressem uma garantia ampla do projeto constitucional de inclusão social; de outro lado se tem o gravíssimo risco de que em verdade, o controle judicial se apresente como uma fachada pretensamente legitimadora de um poder que, ainda que cumpra as decisões judiciais, revela-se infiel para com o seu dever constitucional de enfrentamento global, sistemático e sob o signo da equidade, das exclusões e injustiças que a Carta busca superar.

É no constitucionalismo pragmático – uma vez mais, já experimentado em outras experiências de transição que não aquelas específicas do continente latinoamericano – que uma deferência às escolhas legislativas que não se revela, todavia, cega às imposições do Texto Fundamental à ação do Estado, provocando na hipótese de controle judicial, uma participação agora sob a perspectiva do controle, inclusive com a crítica aos programas existentes de atuação do poder.

##### 5. CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO E O DIFÍCIL EQUILÍBRIO ENTRE A GARANTIA DA IDENTIDADE E O ISOLAMENTO COGNITIVO: CONSIDERAÇÕES FINAIS

Soa sempre oportuna a advertência quanto às dificuldades da imaginação política e sociológica do sul no que toca à superação do paradigma europocentrico, e aos imperativos de construção de seus próprios modelos, num processo de valorização de conhecimentos. Esse exercício se propõe, todavia, desde sua origem, como meio de ampliação das visões – e não de enclausuramento cognitivo.

---

<sup>81</sup> Não se pode perder de perspectiva que, ainda que sejam centenas, mesmo milhares as demandas submetidas ao Judiciário no campo dos direitos socioeconômicos, elas sempre representarão uma parcela muito pouco significativa quando se tem em conta os destinatários naturais da agenda de inclusão social, em decorrência da própria seletividade que é inerente à judicialização. Desse modo, democratizar e assegurar a efetividade do programa constitucional não é resultado que se alcance com a multiplicação da estrutura judiciária, ou mesmo com um vezo ativista no desenvolvimento dessa função; mas sim com o envolvimento dos demais atores políticos e da sociedade nas múltiplas atividades que se compreendem na implementação de um profundo processo de câmbio social.

Categorizar, no sentido comum da palavra, significa – não se pode olvidar – organizar os objetos de um dado universo em grupos ou categorias, com um propósito específico, estabelecendo a base para importantes processos mentais como a comunicação, a lógica, a linguagem e o aprendizado. É nessa perspectiva que se deve analisar a classificação do constitucionalismo vivenciado na América Latina a partir dos anos 80/90 – um processo de reconhecimento e diferenciação, orientado toda a uma finalidade.

Se a segmentação de um movimento constitucional como característico da América Latina se apresenta como verdadeira emancipação dos resquícios de uma lógica ainda quase colonial; nem por isso o reconhecimento desse movimento histórico-político deve reverter como evento adverso, do qual decorra uma separação de vivências que impeça o aprendizado, para o bem ou para o mal, havido a partir de outras experiências de transição. Os desafios de emprestar efetiva operacionalidade a um novo modo de viver democrático que vê no direito uma importante força motriz, não se revelam diferenciados – na América Latina, no Leste Europeu ou na África subsaariana. Importante estar atento para que a singularidade de um constitucionalismo não se apresente, quando proclamada, como verdadeira estratégia de exclusão de outros saberes, construídos em sociedades distintas sim, mas que nem por isso merecem a desqualificação como fonte de aprendizado.

A base dos movimentos de constitucionalismo transformador – do qual não se diferencia substantivamente o latinoamericano – é a busca da inclusão, de modo que uma visão que faz prevalecer a singularidade como meio da exclusão representa uma contradição em seus próprios termos.

A tendência mundial ao transconstitucionalismo, com a integração às ordens nacionais de normas exógenas protetoras de direitos humanos determina uma inevitável abertura inclusive ao controle de convencionalidade, que só se viabilizará com uma visão de constitucionalismo que, ainda que recepcione as diferenças de cada Estado, mantenha abertos os canais de comunicação e de aprendizado recíprocos. Singularidade portanto, só pode ser útil se e enquanto não trabalhe contra a efetividade – que certamente se verá reforçada como possibilidade a partir das experiências de outros países que enfrentam os mesmos desafios.

Nesse contexto, afastado o referencial teórico do Velho Continente, a disponibilidade ao aprendizado recíproco haverá de se dar no mais estrito exercício da tolerância, reconhecendo autoridade no argumento, na experiência e na crítica ao já havido. A singularidade de cada onda de constitucionalização pode se apresentar como ponto de partida de uma inserção histórica de modelo – mas nunca como um fim em si mesmo, ou como cláusula de bloqueio ao intercâmbio com outras vivências.

Se transição é o objetivo comum das experiências latino-americanas; e se esse é um desiderato que só se pode ter por alcançado com a conquista da democracia política e socioeconômica; antes disso o que se tem são sucessivas etapas de avanço, retrocesso e aprimoramento – e isso só se poderá alcançar com um olhar menos encantado pela nossa própria particularidade, e mais sintonizado com enxergar as semelhanças em meio às diferenças. Afinal, seria no mínimo curioso que um constitucionalismo que se orgulha em ser precursor na incorporação do pluralismo como valor; se mostrasse sensível à beleza da diversidade só fronteiras adentro...

## Referências

ALBERT, Richard, Counterconstitutionalism (2008). *Dalhousie Law Journal*, Vol. 31, p. 1, 2008 ; *Boston College Law School Legal Studies Research Paper* No. 183. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1424055>, acesso em 26 de junho de 2012.

ALMEIDA, Marina Corrêa de. A cultura legal emergente latino-americana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. *Revista Brasileira de Estudos Latino-Americanos*. Vol. 1, no. 1, junho de 2011, p. 38-50.

ARANGO, Rodolfo. Constitucionalismo social latinoamericano. in BOGDANDY, Armin von Ferrer, MAC-GREGOR, Eduardo Morales e ANTONIAZZI, Mariela, (coord.). *La Justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un iusconstitucional comuneeen America Latina?* Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Instituto Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 3-24.

BACKER, Larry Catá. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems (September 22, 2008). Penn State Law Review, Vol. 113, No. 3, 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1272264>>, acesso em 20 de julho de 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 12 de maio de 2012>.

BELAUNDE, Domingo García. El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias. *Revista Latino-americana de Estudios Constitucionais*, Belo Horizonte, MG, Brasil número 5, jan/jun. de 2005.

BONAVIDES, Paulo. A Carta de 1988: o começo da segunda transição. *Revista Forense*, n. 304, v. 84, 1988. 313-315

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p . 21-23.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico, in FARIA, José Eduardo (org.), *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*, 1ª ed., 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 47-48.

CANOTILHO, J. J. Gomes de. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CARPIZO, Jorge. Tendencias actuales del constitucionalismo latino-americano. *Revista Derecho del Estado* no. 23, diciembre de 2009, p. 7-36.

CASAL, Jesús M.. De La Constitución nominal a La Constitución fachada? Reflexiones a partir de la evolución constitucional venezolana. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XVII, Montevideo, 2011, p. 361-382.

CIFUNTES MUÑOZ, Eduardo. El constitucionalismo de la pobreza. *Dereito*, Vol. IV, no. 2: 55-77 (1995).

COELHO, João Gilberto Lucas. A nova ordem constitucional brasileira e os debates sobre reformas. *Indicadores Econômicos FEE*, Vol. 23, No 3 (1995), p. 137-149.

DOBNER, Petra e LOUGHLIN, Martin. *The twilight of constitutionalism*. Great Britain: Oxford University Press, 2010.

GARGARELLA, Roberto e COURTIS, Christian. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Naciones Unidas-Chile: Naciones Unidas, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *200 años de constitucionalismo en América Latina*, mimeo disponibilizado pelo autor, p. 198-199.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo, in GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 234.

GRIMM, Dieter. Multiculturalidad y derechos fundamentales. in DENNINGER, Ehard, e \_\_\_\_\_. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Ed. e trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 53-69.

GROSSI, Paolo. *La primera lección de derecho*. Trad. Clara Álvarez Alonso, Madrid: Marcial Pons, 2005. Traduzido de *Lezione di Diritto*.

HABERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro - São Paulo-Recife: Renovar, 2007.

HART, Vivien. Constitution-making and the transformation of conflict. *Peace & Change*, Volume 26, Number 2, April 2001 , pp. 153-176.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press, 2004.

KLARE, Karl. E. Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 *South African Journal on Human Rights* (1998), p. 146 e ss..

LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch L. Rev.*, 2006, [online], disponível em <[http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Lang a%20Speech.pdf](http://sun025.sun.ac.za/portal/page/portal/law/index.afrikaans/nuus/2006/Pius%20Lang%20Speech.pdf)> , acesso em 1º de abril de 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição*, [on line], disponível em <<http://jusvi.com/artigos/2110>> ,acesso em 28 de maio de 2012.

MALAMUD, Andrés. Presidentialism in the Southern Cone. A framework for analysis. *European University Institute Working Paper SPS n° 2001/1*, Florence [on line], disponível em < <http://catedras.fsoc.uba.ar/deluca/Malamud.pdf>>, acesso em 10 de julho de 2012.

MARLE, Karin Van. Transformative constitutionalism as/and critique. *Stellenbosch Law Review = Stellenbosch Regstydskrif*, Vol. 20, Issue 2, 2009, p. 286-301.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. ¿La democracia como principio del ius constitucionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional. in BOGDANDY, Armin von Ferrer, MAC-GREGOR, Eduardo Morales e ANTONIAZZI, Mariela, (coord.). *La Justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en America Latina?* T. 1. Universidad Nacional Autónoma de México, Max-Planck-Instituto

Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 199-240.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Democracia e contrapoderes. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Ano 2011, n.258 set. / dez..

NGURE, Benson Kinyua. A Revolution of human rights in Kenya: assessing the enforceability of socio-economic rights under the constitution of Kenya 2010 [online], 14 de junho de 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1864585>, acesso em 25 de junho de 2012.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, 2009. Disponível em <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200007&lng=es&nrm=iso)>, acesso em 21 de junho de 2012.

O'DONELL, Guillermo. Transiciones, continuidades y algunas paradojas. *Cuadernos Políticos*, número 56, México, D. F., editorial Era, enero-abril de 1989, pp. 19-36.

O'DONNELL, Guillermo. Uma outra institucionalização: América Latina e alhures. *Lua Nova*, São Paulo, n. 37, 1996. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451996000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451996000100002&lng=en&nrm=iso)>, acesso em 28 de julho de 2012.

OLIVEIRA, Fabio Correa Souza de e GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latinoamericano. in CARVALHO, Flavia Martins de e VIEIRA, José Ribas (org.). *Desafios da Constituição: democracia e Estado no Século XXI*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2011, p. 333-351.

PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martínez. ¿Se puede hablar de un novo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada? [online],

disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>, acesso em 21 de junho de 2012.

PERUZZOTTI, Enrique. Constitucionalismo, populismo y sociedad civil. Lecciones del caso argentino. *Revista Mexicana de Sociología*, nº , Vol. 61, octubre, diciembre 1999, p. 149-172.

REIS, Fábio Wanderley. Diálogos com Guillermo O'Donnell. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 92, Mar. 2012 . Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002012000100010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100010&lng=en&nrm=iso)>, acesso em 24 de julho de 2012, p. 143-151.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. ACT 200 OF 1993 – INTERIM CONSTITUTION. Chapter 15 – National Unity and reconciliation. Disponível em <<http://www.constitutionalcourt.org.za/site/constitution/english-web/interim/ch15.html>>, acesso em 25 de junho de 2012.

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Disponível em <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html>>, acesso em 26 de julho de 2012.

REPUBLICA ARGENTINA. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA ARGENTINA, 1994. Disponível em <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/>> , acesso em 19 de julho de 2012.

REPUBLICA DE COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991. Disponível em <[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html)>, acesso em 29 de julho de 2012.

REPUBLICA DE PARAGUAY. CONSTITUCIÓN DE PARAGUAY DE 1992. Disponível em < <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html> > , acesso em 17 de julho de 2012.

REPUBLICA DEL ECUADOR. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008, disponível em < [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf) > , acesso em 25 de julho de 2012.

REPUBLICA DEL PERU. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL PERU de 1993. Disponível em < [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/RelatAgenda/constitucion.nsf/\\$\\$ViewTemplate%20for%20constitucion?OpenForm&Start=1&Count=30&Expand=1.2&Seq=16](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/RelatAgenda/constitucion.nsf/$$ViewTemplate%20for%20constitucion?OpenForm&Start=1&Count=30&Expand=1.2&Seq=16) > , acesso em 19 de julho de 2012.

RICHARDSON III, Henry J. Patrolling the resource transfer frontier: economic rights and the South African Constitutional Court's Contributions to international justice. *African Studies Quarterly*, Volume 9, Issue 4, Fall 2007, p. 81-106.

SAFFON, María Paula e GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Derechos sociales y activismo judicial, La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios socio-jurídicos*. Bogotá (Colombia), 13(1): 75-107, enero-junio 2011, p. 75-107.

SCHAPF, Fritz W. Legitimacy in the multi-level europeaPolity. in DOBNER, Petra e LOUGHLIN, Martin. *The twilight of constitutionalism?* GreatBritain: Oxford University Press, 2010, p. 89-119.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Reinventar la democracia, Reinventar el Estado*. Argentina: CLACSO, 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

SUNSTEIN, Cass. Why Does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees? (January 2003). University of Chicago, Public Law Working Paper No. 36. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=375622>>, acesso em 21 de junho de 2012.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos, in GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 109-137.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; SILVA, Cecília de Almeida. Constitucionalismo cooperativo ou a supremacia do Judiciário?. *Jurispoiesis* (Rio de Janeiro), v. 12, p. 321-348, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Desigualdad estructural y Estado de derecho, in GARAVITO, César Rodríguez. *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 25-46.

WERNECK VIANNA, Luiz *et alii*, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo Baumann, e SALLES, Paula Martins, Dezessete anos de judicialização da política, in *Tempo social*, São Paulo, vol. 19, n.º 2, 2007, pp. 39-85, disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso), acesso em 26 de julho de 2010.

WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. in R. G. Oliven *et alii* (orgs.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.

YEH JIUNN-RONG e CHANG WEN-CHEN, The Changing Landscape of Modern Constitutionalism: Transitional Perspective (March 31, 2009). *National Taiwan University Law Review*, Vol. 4, No. 1, pp.145-183, 2009, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1482863>> , acesso em 3 de fevereiro de 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, n° 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 1135-1151.