

# DA TRADIÇÃO OCIDENTAL DE CONSTITUCIONALISMO AO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ANÁLISE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

*FROM WESTERN CONSTITUTIONALISM TO THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES*

*DE LA TRADICIÓN OCCIDENTAL DE CONSTITUCIONALISMO AL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES*

**Sergio Urquhart de Cademartori<sup>1</sup>**

**Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori<sup>2</sup>**

- 
- 1 Doutor em Direito pela UFSC e Professor da Unilasalle - RS (Canoas). *E-mail*: scademartori@uol.com.br. Endereço: Rua Jari, 619, Torre 1, apto. 502, Passo d'Areia - Porto Alegre - RS. CEP: 91.350-170 Telefones: (51) 82683769 e (51) 32730433.
  - 2 Doutora e Mestre em Direito pela UFSC e Professora da graduação em Direito e da Pós-Graduação em Direito e Sociedade da Unilasalle- RS (Canoas). *E-mail*: daniela\_cademartori@yahoo.com.br. Endereço: Rua Jari, 619, Torre 1, apto. 502, Passo d'Areia - Porto Alegre - RS. CEP: 91.350-170. Telefones: (51) 81212562 e (51) 32730433

**Resumo:** Este artigo parte da análise da contribuição da tradição do constitucionalismo ocidental com vistas ao exame das instituições e das funções de garantia de direitos humanos/fundamentais em constituições que demarcam um novo modelo de constitucionalismo, designado como “novo constitucionalismo latino-americano”. Considera que o constitucionalismo na história tem assumido inúmeras feições, encontrando terreno fértil na América Latina, por ocasião da reconstrução democrática do subcontinente no último quartel do século XX. As novas constituições latino-americanas introduzem contribuições originais que enriquecem a trajetória do constitucionalismo, notadamente na arquitetura que as mesmas adotam no que diz com as garantias dos direitos fundamentais. Para isso, realiza uma análise comparativa entre diversos institutos das cartas da Colômbia, do Equador, da Venezuela e da Bolívia, a partir das contribuições da teoria garantista de Ferrajoli, que assinalou tais instrumentos de garantia na Carta brasileira de 1988. Assim, acrescenta-se ao debate o tema da construção de garantias, ao mesmo tempo que se inclui a contribuição constitucional brasileira.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Novo constitucionalismo latino-americano. Sistemas de garantias.

**Abstract:** This article begins by analyzing the contribution of the tradition of western constitutionalism, with a view to examining the institutions and functions of guarantee of human/fundamental rights in constitutions that outline a new model of constitutionalism, designated New Latin American constitutionalism.” It considers that constitutionalism, through history, has taken on numerous features, finding fertile ground in Latin America during the democratic reconstruction of the subcontinent in the last quarter of the twentieth century. The new Latin American constitutions introduce original contributions that enrich the history of constitutionalism, notably in the architecture that they adopt when it comes to the guarantees of fundamental rights. This paper makes a comparative analysis between various

institutes of the constitutions of Colombia, Ecuador, Venezuela and Bolivia, based on the contributions of guarantist theory of Ferrajoli, who signaled these instruments of guarantee in the Brazilian Constitution of 1988. Thus, the theme of construction guarantees is added to the debate, while at the same time, the Brazilian constitutional contribution is included.

**Keywords:** Constitutionalism. New Latin American constitutionalism. Systems of guarantees.

**Resumen:** Este artículo parte del análisis de la contribución de la tradición del constitucionalismo occidental orientado al examen de las instituciones y de las funciones de garantía de los derechos humanos/fundamentales en constituciones que demarcan un nuevo modelo de constitucionalismo, designado como "nuevo constitucionalismo latinoamericano". Se considera que el constitucionalismo ha asumido en la historia innumerables aspectos, encontrando terreno fértil en América Latina en ocasión de la reconstrucción democrática del subcontinente en el último cuarto del siglo XX. Las nuevas constituciones latinoamericanas introducen contribuciones originales que enriquecen la trayectoria del constitucionalismo, precisamente en la arquitectura que las mismas adoptan en lo relacionado a las garantías de los derechos fundamentales. Para ello se realiza un análisis comparativo entre los diversos institutos de las Cartas de Colombia, de Ecuador, de Venezuela y de Bolivia, a partir de las contribuciones de la teoría garantista de Ferrajoli, que señaló tales instrumentos de garantía en la Carta brasileña de 1988. Así, se añade al debate el tema de la construcción de garantías, a la vez que se incluye la contribución constitucional brasileña.

**Palabras clave:** Constitucionalismo. Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sistemas de garantía.

**D**iscorrer sobre constitucionalismo implica falar sobre os mecanismos que ao longo dos séculos a engenharia política desenvolveu em função da limitação do poder. De fato, o conceito constitucional assume na Europa continental e nos Estados Unidos dois caminhos divergentes, os quais se traduzem, no primeiro caso, na consideração da constituição, durante um longo tempo, como mero documento político; e no caso estadunidense, na afirmação, desde os primeiros momentos posteriores ao triunfo revolucionário e à aprovação do texto de 1787, da consideração da constituição como documento jurídico, com todas as importantes consequências que isso implicaria: trata-se dos mecanismos da defesa da constituição, pois no modelo europeu triunfará o conceito de supremacia da lei e no estadunidense o da supremacia da constituição, com o consequente controle de constitucionalidade.

Os mecanismos de limitação do poder, ao se corporificarem em normas jurídicas, abrangem também o universo normativo, especificamente o direito constitucional. Isso leva inexoravelmente ao necessário vínculo entre constituição e poder limitado, o que se obtém por meio da positivação em normas constitucionais de direitos e garantias para as pessoas e a divisão de poderes.<sup>3</sup>

Então, para além da sua dimensão política, o constitucionalismo apresenta-se mais fortemente em seu aspecto jurídico, dado que são jurídicos os limites ao poder político.<sup>4</sup>

Com razão, Carl Schmitt ponderava:

- 3 "Un Estado puede llamarse constitucional, o provisto de Constitución, si, y solo si, satisfice dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): 1) por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que los poderes de Estado ( el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o de gobierno y el poder jurisdiccional) estén divididos y separados ( o sea que se ejerzan por órganos diversos)." (GUASTINI, 2001, p. 31)
- 4 Conforme Ferrajoli: "[...] o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supra-ordenadas; e como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos." (2012a, p. 13)

[...] el telos de la Constitución *liberal* (la moderna Constitución del Estado burgués de Derecho) es, en primera línea, no la potencia y brillo del Estado, no la *gloire*, según la división de Montesquieu [...], sino la *liberté*, protección de los ciudadanos contra el abuso del poder público. (1982, p. 138).

Isto posto, cabe indagar-se sobre o *objeto* de limitação visado pelo constitucionalismo: a soberania ou o governo, representados ou representantes? Não parece haver dúvida de que o que sempre pretendeu esse complexo mecanismo foi a limitação do poder *soberano*, que se num primeiro momento era encarnado pelo parlamento britânico, hoje em dia, nos Estados democráticos de direito, repousa no povo. Então, é a soberania popular o objeto de contenção, até porque, sem limites, a lógica majoritária, ao presidir a soberania popular, pode conduzir à extinção do sistema democrático, como se viu na Itália e na Alemanha na primeira metade do século XX.<sup>5</sup> É claro que esse mecanismo é criado pela própria soberania popular: “O vocábulo constitucionalismo alude àqueles limites sobre as decisões majoritárias: de modo mais específico, aos limites que em certo sentido são auto-impostos.”<sup>6</sup>

De qualquer sorte, o constitucionalismo, atravessando os últimos séculos e assumindo diversas feições, encontra solo fértil na América Latina, por ocasião da reconstrução democrática do subcontinente no último quartel do século XX, após a dura quadra enfrentada pelas suas sociedades sob regimes de força. A configuração assumida pelo atual constitucionalismo latino-americano passou a ser designada como “novo constitucionalismo”. Para além da discussão, se há mais um componente de ruptura ou de continuidade desta nova feição constitucional em relação ao constitucionalismo tradicional<sup>7</sup>, encontram-se nas novas constituições latino-

5 Viciano e Martínez, amparados na lição de García Roca, entendem que o que é limitado pelo constitucionalismo é o poder dos representantes da soberania popular, e não o poder soberano do povo. Como a passagem de García citada para alicerçar esse entendimento refere-se à limitação do Príncipe, que nos Estados democráticos é o próprio povo, não se concorda com o entendimento esposado pelos ilustres professores valencianos. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010a, p. 13)

6 “El vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias: de modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos.” (ELSTER, 1999, p. 34 – tradução livre)

7 Para uma rica discussão sobre o tema: VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010a., p. 14-20.

americanas algumas contribuições originais para enriquecer a exitosa trajetória do constitucionalismo, notadamente na arquitetura que as mesmas adotam no que diz com as garantias dos direitos fundamentais, como se verá a seguir.

Feitas essas considerações iniciais, este ensaio pretende - sem intenção de esgotar o assunto -, partindo da noção tradicional do constitucionalismo, examinar alguns aspectos das novidades trazidas pelas novas cartas, precisamente algumas garantias para os direitos fundamentais ali estampados. Para isso, na sequência se deterá, de forma esquemática, em algumas características apresentadas pelas mesmas. São tomadas como objeto de análise as constituições da Colômbia (1991), da Venezuela (1999), do Equador (após a reforma de 2008) e da Bolívia (2009).

## DA TRADIÇÃO OCIDENTAL DE CONSTITUCIONALISMO AO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A evolução do constitucionalismo, partindo de seus primeiros formuladores até a atual versão aplicada à América Latina, encontra raízes no pensamento de Locke na Inglaterra e Montesquieu na França - principais teóricos da separação de poderes como mecanismos de limitação do arbítrio -, bem como na tradição jurisprudencial de constitucionalismo norte-americana.

### LOCKE E A ENGENHARIA POLÍTICA BRITÂNICA

Examinando-se o caso britânico, a principal contribuição do constitucionalismo inglês do século XVII ao acervo comum da ideologia liberal é, de um lado, o estabelecimento de regras que devem guiar o caráter da autoridade e, de outro, a inserção nessas regras da ideia de que o seu fim é a proteção do cidadão contra ingerências alheias ao caminho traçado pela lei<sup>8</sup>.

E assim, a aprovação do *Bill of Rights* selará a definitiva instauração da monarquia constitucional da Inglaterra e com ela o estabelecimento do princípio constitucional da separação de poderes.

8 LASKI, H. **El liberalismo europeo**. México: FCE, 1979. p. 91.

O pano de fundo teórico de tais arranjos políticos é constituído pelo pensamento de John Locke, para quem o governo civil possui uma origem convencional e não natural:

Lo que origina y de hecho constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de una pluralidad de hombres libres que aceptan la regla de la mayoría y que acuerdan unirse e incorporarse a dicha sociedad. Eso es, y solamente eso, lo que puede dar origen a los gobiernos legales del mundo. (LOCKE, 1990, p. 114).

Locke afirma que a forma de governo depende de onde seja depositado o poder supremo, que para ele é no legislativo (pois é impossível que um poder inferior prescreva o que deve fazer outro superior, e não há poder maior do que o de fazer leis). Isto não impedirá Locke de afirmar a existência de limitações no exercício desse poder supremo, descritas no capítulo 11 de sua obra em análise<sup>9</sup>.

Em primeiro lugar, o poder não pode ser exercido arbitrariamente sobre as fortunas e as vidas do povo, dado que o seu *telos* é buscar o bem público da sociedade. A segunda limitação é de tipo formal: a autoridade legislativa não pode governar por decretos extemporâneos e arbitrários, mas usando leis e juízes autorizados. A terceira refere-se à liberdade econômica: o poder não pode apoderar-se de parte alguma da propriedade do súdito, já que foi criado para preservar a propriedade; sendo que a última limitação é a impossibilidade de transferir o poder a ele (poder supremo) outorgado<sup>10</sup>.

A justificativa para a separação de poderes do Estado se dá:

[...] debido a la fragilidad de los hombres (los cuales tienden a acumular poder), éstos podrían ser tentados a tener en sus manos el poder de hacer leyes y el de ejecutarlas para así eximirse de obedecer las leyes que ellos mismos hacen. (LOCKE, 1990, p. 150).

A divisão de poderes em Locke se dá entre legislativo e executivo-federativo, ausente o poder judicial. Isto acontece, segundo Bobbio, porque legisladores e juízes possuem funções similares, isto é, a de estabelecer o direito, sendo irrelevante

9 LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre el gobierno civil**. Traducción y notas de C. Mellizo. Madrid: Alianza, 1990. p. 139.

10 LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre el gobierno civil**. Traducción y notas de C. Mellizo. Madrid: Alianza, 1990. p. 141-146.

que os primeiros o façam de forma abstrata e os últimos o apliquem em casos particulares e determinados. Seriam, assim, dois aspectos do mesmo poder<sup>11</sup>.

Em resumo, a construção lockiana incorpora uma dupla contribuição fundamental à teoria política do Estado constitucional. Em primeiro lugar, a explicitação da incompatibilidade entre a concentração *absoluta* do poder e a constituição da *sociedade política* ou, em outras palavras, a afirmação radical da consubstancialidade existente entre separação de poderes e Estado liberal<sup>12</sup> (BLANCO VALDÉS, 1994, p. 53).

## MONTESQUIEU E A CONSTRUÇÃO FRANCESA DO CONSTITUCIONALISMO: A SUPREMACIA DA LEI

Lançando o olhar sobre a contribuição francesa para a construção teórica do constitucionalismo, inescapável mencionar Montesquieu, que, no capítulo VI do Livro XI de sua obra "Do Espírito das Leis", refere-se à Constituição da Inglaterra. De fato, O Barão de Montesquieu demorou-se numa viagem na Inglaterra, levado por Lorde Chesterfield entre 1729 e 1732, numa visita que iria influenciar seu pensamento de forma decisiva.

De início, é importante lembrar que a descrição que Montesquieu realiza da Constituição da Inglaterra não corresponde ao que era a *verdadeira* Constituição daquele país à época de sua visita<sup>13</sup>.

Com efeito, desde a Revolução Gloriosa de 1688 vinha-se consolidando o regime de gabinete na Inglaterra, acompanhado de clientelismo parlamentar e corrupção, estabelecendo-se uma verdadeira primazia da casa legislativa sobre o Rei<sup>14</sup>.

Analisando de forma mais detida o Livro XI, encontra-se que no cerne do mesmo há uma crítica ao despotismo: o objetivo do capítulo é "as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição". Isto põe em relevo a

11 BOBBIO, N. **Locke e il dirittto naturale**. Torino: Giappichelli, 1963. p. 266-268.

12 BLANCO VALDÉS, R. **El valor de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1994. p. 53.

13 BLANCO VALDÉS, R. **El valor de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1994. p. 60.

14 "[...] não me cabe examinar se os ingleses gozam ou não dessa liberdade. É-me suficiente dizer que ela é estabelecida pelas leis e nada mais procuro." (MONTESQUIEU, 1985, p. 154).



conexão que o Barão outorgará à relação entre a separação de poderes e a liberdade. Da mesma forma, tal como Locke, Montesquieu dará ênfase à relação entre legalidade e liberdade:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste nisso. Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar [...] a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder. (MONTESQUIEU, 1985, p. 147-8).

A liberdade, portanto, consiste em obedecer à lei e somente a ela.

Mas como todo homem que possui poder tende a dele abusar, é preciso que o poder limite o poder. E explica Montesquieu que há em cada Estado três espécies de poderes: o legislativo, o executivo do direito das gentes e o executivo do direito civil, sendo que o poder de julgar está embutido neste último<sup>15</sup>.

Advirta-se ainda que em Montesquieu já se encontrou uma doutrina dos *checks and balances*, já que estabelece a faculdade do executivo de impedir a entrada em vigência das leis, além de decidir sobre o momento e a duração das reuniões do parlamento. Este, por sua vez, pode responsabilizar os ministros do rei em caso de verificar o não cumprimento das leis que editou.

Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será por sua vez, pelo poder legislativo. (MONTESQUIEU, 1985, p. 153).

Portanto, para que o governo possa funcionar, é necessário que os poderes trabalhem em harmonia.

Os fatos viriam a ser bem diferentes, já que a desconfiança dos revolucionários em relação aos juízes, considerados aliados ao antigo regime, permitiu a construção

---

15 MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das leis**. Tradução de F. H. Cardoso e L. M. Rodrigues. São Paulo: Abril, 1985. p. 148-149.

da doutrina da supremacia jurídica da lei como contraparte da supremacia política do parlamento. Esta situação perdura até a última das quatorze constituições promulgadas na França após a Revolução.

Assim, o Judiciário, como se percebe, é o grande mudo dessas funções estatais, não desempenhando protagonismo algum nesse quadro, coisa bem distinta do que acontece à mesma época do outro lado do Atlântico.

## A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO CONSTITUCIONALISMO ESTADUNIDENSE

Já desde antes da promulgação da carta de 1787 encontram-se em solo estadunidense normas constitucionais rígidas prevendo o controle judicial das leis. Com efeito, as constituições de Maryland, Delaware e Pennsylvania (todas de 1776), Georgia (1777), Massachussets (1780) e New Hampshire (1784) estabeleciam diversas normas para a modificação do texto constitucional, desde a exigência do voto popular, até a aprovação por duas legislaturas consecutivas, incluindo sua aprovação pela maioria qualificada de dois terços. Para ter-se uma ideia, a constituição da Pennsylvania previa a instauração de um “Conselho de Censores”, que possuía a função de examinar as possíveis violações da constituição<sup>16</sup>.

No que diz com a Carta Federal de 1787, ela se converterá - devido à previsão de rito especial para sua alteração – no modelo universal das constituições “rígidas”. De outro lado, o peculiar arranjo institucional entre seus órgãos estruturará um regime de *checks and balances* que gozará de boa fortuna até os dias de hoje.

O controle jurisdicional da constituição, pedra de toque do constitucionalismo contemporâneo, não se encontra de forma explícita na carta de 87, mas é deduzível da interpretação de seu texto. Daí que os tribunais estaduais, num primeiro momento, e depois a Suprema Corte, hajam consagrado tal controle por meio de decisões judiciais.

Tendo por pano de fundo certa desconfiança em relação às maiorias políticas eventuais e as decisões tomadas por elas refletidas nas leis aprovadas, o judiciário

16 BLANCO VALDÉS, R. **El valor de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1994. p. 123.

estadunidense apressou-se a assumir a função de órgão de controle<sup>17</sup>.

Tal atitude encontrou base teórica firme nos escritos do *Federalista*, na qual sobressai a figura de James Madison. Pois é Madison o co-protagonista do caso que iria tornar-se célebre pela reafirmação do *judicial review*: trata-se do caso *Marbury v. Madison*, apreciado pela Suprema Corte em 1803. O fato que originou o processo merece relato: após um longo governo federalista, em 1800 é eleito Thomas Jefferson (republicano) para a presidência. Acontece que entre a eleição de Jefferson e a sua posse, o presidente John Adams, em sua última semana de mandato, nomeia 48 novos juízes, o que era determinado pela lei que havia sido aprovada em janeiro de 1801, às pressas. Essa lei foi derogada pelo congresso em 1802. Acontece que nos últimos momentos prévios à transmissão de mandato, o ainda presidente Adams havia nomeado um total de 42 juízes de paz, nomeação entre as quais figurava a de William Marbury. Na confusão do momento, essas nomeações não haviam sido comunicadas a seus destinatários, de tal forma que, uma vez assumida a presidência por Jefferson, este determinou a seu ministro James Madison que comunicasse a nomeação a somente 25 dos 42, entre os que não se incluiu o citado Marbury. Este, diante de tais circunstâncias, recorreu à Corte Suprema.

Para além das considerações relativas ao caso em questão, o *Chief Justice* Marshall foi obrigado a manifestar-se sobre se a Suprema Corte poderia ser instância originária no caso. E entendeu que isso seria inconstitucional. Tratava-se de interpretar o art. 6º., seção II, da constituição que estabelecia a *supremacy clause* por força da qual as leis que contrariassem a constituição não teriam validade.

O *case Marbury v. Madison* teve muitas sequências em diversas decisões tanto da Suprema Corte quanto de tribunais e juízes inferiores, construindo-se assim o modelo estadunidense de constitucionalidade.

---

17 Entre 1776 e 1787, mais de meia dúzia de casos de controle de constitucionalidade serão submetidos às cortes estaduais, como, por exemplo, *Holmes v. Walton* (New Jersey, 1779), *Commonwealth v. Caton* (Virgínia, 1782), *Rutgers v. Waddington* (1784, Nova Iorque) etc.

## O CONSTITUCIONALISMO DO PÓS-II GUERRA MUNDIAL E AS NOVAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA LATINA

O século XX, de qualquer forma, encontrará os diversos Estados de direito – com a exceção dos Estados Unidos - impregnados da doutrina francesa da supremacia da lei frente à constituição, apresentando-se esta apenas como uma carta política sem força normativa para obrigar o legislador.

Considerando o enfraquecimento do conceito de constituição e a própria crise do direito no pós II Guerra Mundial, a teoria constitucional e a própria teoria do direito passaram a acentuar a distinção entre os conceitos *formal* e *substancial* de Estado constitucional. Além da constituição formal, faz-se necessário que o ordenamento jurídico esteja impregnado pelas normas constitucionais. Um Estado só será um Estado constitucional se contar com uma constituição em sentido substancial/material, fruto da legitimidade democrática, bem como com instrumentos que garantam a limitação do poder e a efetividade dos direitos fundamentais. Sendo assim, o conceito de Estado constitucional é um conceito em construção, visto envolver a luta pela efetivação de dois elementos fundamentais: a legitimidade democrática e a normatividade. A reunião destes elementos conformará um modelo denominado de neoconstitucionalismo<sup>18</sup>.

No início da década de 90, as novas constituições da América Latina apresentaram-se como uma resposta inovadora à crise constitucional de então. São propostas de superação do conceito de constituição como mero limite ao poder constituído na proporção em que avançam ao apresentar uma fórmula democrática em que o poder constituinte expressa sua vontade também sobre a configuração e a limitação da própria sociedade. Por outro lado, as novidades no direito constitucional, justamente por envolverem uma íntima relação entre democracia, governo e direito, fundamentos do constitucionalismo em geral, acabam por não consolidar-se em sua totalidade.

Além do seu enquadramento teórico dentro das reivindicações éticas desencadeadas pelos efeitos desastrosos dos totalitarismos do século XX,

18 CARBONELL, M. (Org.) **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

o fato de as constituições andinas terem sido criadas ou reformadas após a vigência de ditaduras militares e da aplicação de políticas neoliberais na região acrescenta novos elementos à discussão, tornando possível a afirmação de uma nova fase do constitucionalismo. Devem ainda ser levados em conta os espaços geográfico e humano nos quais incidem estas constituições. É preciso considerar a conformação histórica que o direito da cultura ocidental assumiu, por ocasião da colonização da América Latina pelo europeu, quando este direito entrou em contato com uma realidade profundamente diversa em relação àquela em que foi formulado, no caso, num contexto de um “processo de violenta submissão ou eliminação dos povos nativos”<sup>19 20</sup>. Por ora, a questão refere-se à classificação dada a esta nova fase - novo constitucionalismo, constitucionalismo andino ou, ainda, constitucionalismo de terceira geração -, e à inclusão ou não de determinados processos constitucionais nesta categoria. Uma das divergências refere-se à inclusão do Brasil nesta seara. Basta lembrar os escritos de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo<sup>21</sup>, autora que propõe uma evolução em ciclos do que denomina constitucionalismo pluralista. De acordo com a sua classificação, o processo constitucional brasileiro é incluído em um primeiro ciclo (1982 – 1988), o do constitucionalismo multicultural. Após este, constitui-se um novo ciclo que se inicia em 1989 e vai até 2005, o do constitucionalismo pluricultural; e, finalmente, chega-se ao terceiro e último ciclo, o do constitucionalismo plurinacional (2006 – 2009), do qual fazem parte os processos boliviano e equatoriano. Note-se ainda que existem autores<sup>22</sup> que consideram que a nomenclatura de

19 Sobre os estudos orientados a “descolonização” do pensamento e ao rompimento das amarras dos saberes subordinados que analisam a colonialidade do poder, verificar os trabalhos de Aníbal Quijano, bem como WOLKMER, A. C.; MELO, M. P. **Constitucionalismo latino-americano**. Tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013; \_\_\_\_\_. **O terceiro mundo e a nova ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994; \_\_\_\_\_. **Una crítica cívica y plural del Estado y del Derecho en América Latina**. Traducción de A. Rosillo Martínez. In: CADEMARTORI, D. M. L. de et al. (Orgs). **La construcción jurídica de la UNASUR**. Florianópolis: GEDAI/UFSC, 2013, p. 427- 442

20 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. Prefácio. In: \_\_\_\_\_. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XV.

21 FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El Pluralismo jurídico en la historia constitucional latino-americana: de la sujeción a la descolonización. Artigo apresentado no **Seminário sobre Pluralismo e Multiculturalismo**, realizado nos dias 13 e 14 de abril de 2010 na Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: [http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3\\_RYF\\_2010\\_CONSTITUCIONALISMO\\_Y\\_PLURALISMO\\_BR.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf). Acesso em: 12/11/2013.

22 Tais como Miguel Carbonell, José Antonio Martín Pallín, Carlos Gaviria Díaz e Carlos Alberto

“novo constitucionalismo” deve ser mantida, remanescendo a separação entre neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano. Incluem assim a constituição brasileira no primeiro e as constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia no segundo. O fato é que ambas as posições retiram a constituição brasileira do rol de seus estudos. De seu lado, autores como Luigi Ferrajoli postulam uma classificação das constituições em três gerações: a primeira, aquela das liberdades; a segunda, sendo a do constitucionalismo dos direitos sociais e, por último, um constitucionalismo de terceira geração, marcado pelo aumento das esferas de indecidibilidade e das garantias que, partindo da constituição brasileira de 1988, chega às novéis cartas latino-americanas.<sup>23</sup>

Para o “novo constitucionalismo”, o conteúdo da constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, isto é, deve possuir mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e as liberdades da cidadania. O novo constitucionalismo, além de pretender garantir um real controle sobre o poder por parte dos cidadãos, busca solucionar o problema da desigualdade social. Como estas sociedades não chegaram a vivenciar o Estado social, existe a tendência, entre alguns autores, a pensar que foram as lutas sociais a razão para a aparição do fenômeno representado pelo novo constitucionalismo latino-americano.<sup>24</sup>

O centro da divergência entre estas doutrinas sobre a inclusão ou não do Brasil neste cenário diz respeito à alegação de existência de um *deficit* de legitimidade

---

López Cadena.

23 Se a 1ª geração do constitucionalismo foi marcada pelas constituições flexíveis, nos séculos XVIII e XIX, a 2ª foi marcada pelas constituições rígidas do 2º pós-guerra. Já as constituições de 3ª geração são longas e preveem instituições de garantia, sendo bem mais complexas que as europeias ou do 2º constitucionalismo. (FERRAJOLI, 2012b, p. 232)

24 “Los recientes procesos constituyentes latino-americanos, por lo tanto, pasan a ser procesos necesarios en el devenir de la historia como resultado directo de los conflictos sociales que aparecieron durante la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta, y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos.” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010a, p. 9-10). Sobre o tema conferir: SEONE, J.; TADDEI, E.; ALGRANATI, C. **Minería transnacional y resistencias sociales en África y América Latina: experiencias de resistencia y de movilización social frente a las estrategias corporativas de las compañías Vale (Brasil) y AngloGold Ashanti (Sudáfrica) en Argentina, Colombia, Perú, Angola y Mozambique.** GEAL, 2011, p.1-36. Disponível em: <[http://www.dialogosdospovos.org/pdf/liv\\_ibase\\_mineracao\\_port\\_REV2.pdf](http://www.dialogosdospovos.org/pdf/liv_ibase_mineracao_port_REV2.pdf)>. Acesso em: 06/04/14. p 27 e ss.

democrática presente no processo constituinte brasileiro, entre os anos de 1987-1988. Por um lado, existem aqueles que se apegam a este fato, classificando a carta brasileira como uma mera herdeira do neoconstitucionalismo pós-bélico e, portanto, descartando-a em suas considerações quando o tema é o constitucionalismo latino-americano. Ferrajoli, pelo contrário, considera que o fato das constituições latino-americanas terem sido criadas ou reformadas após a queda dos regimes ditatoriais é determinante para uma nova fase do constitucionalismo - o de terceira geração. As novidades apresentadas por essas constituições foram de tal monta que acabam sobrepondo-se ao modelo europeu de constitucionalização rígida<sup>25</sup>.

Para o autor italiano, a constituição brasileira inaugurou tal constitucionalismo de terceira geração, o que fez com que o próprio paradigma constitucional fosse responsável por formular um modelo normativo avançado. Trata-se do “mais relevante banco de provas da teoria constitucional”, apresentando uma dupla face: “[...] uma progressiva, em face das extraordinárias inovações trazidas através das instituições e das funções de garantia dos direitos fundamentais; outra potencialmente regressiva, em face das tensões que dela podem derivar na manutenção do estado de direito”<sup>26</sup>.

## CARACTERÍSTICAS DAS NOVAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

As características das novas cartas latino-americanas são arroladas exhaustivamente por Roberto Viciano e Ruben Martínez<sup>27</sup>, pelo que aqui se segue a orientação imprimida pelos mesmos na análise desses fenômenos.

25 FERRAJOLI, Luigi. O Constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradução de A. K. Trindade. In: \_\_\_\_\_ ; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p. 233.

26 FERRAJOLI, Luigi. O Constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradução de A. K. Trindade. In: \_\_\_\_\_ ; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p. 233-234.

27 VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en America Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010a. p. 22 e ss.

Quanto às “condições factuais”, as novas Constituições desfrutam de vasta legitimidade, pois respondem a uma proposta social e política, sendo precedidas por mobilizações que evidenciaram a sua necessidade e, conforme o caso, foram antecederidas e sucedidas por referendos ativador e ratificador. Na análise dos autores, a legitimidade é percebida como adequação normativa da resposta a uma situação de fato, pelo que deixa de abranger seu aspecto propriamente axiológico: a correspondência das normas constitucionais aos valores veiculados pelas cartas de direitos fundamentais.<sup>28</sup> Inobstante isso, as cartas em análise apresentam alto grau de legitimidade, dada a sua estreita vinculação aos catálogos de direitos incorporados por elas, como adiante se verá.

## CARACTERÍSTICAS FORMAIS E MATERIAIS

Na sequência, Viciano e Martínez enumeram as características “formais” das leis fundamentais em apreço, enumeração essa que será analisada a seguir. Previamente, deve-se verificar se essas cartas preenchem as chamadas “condições de constitucionalização”, sem as quais a teoria constitucional contemporânea entende não acontecer o Estado constitucional de direito. Veja-se sucintamente, pelas mãos de Guastini<sup>29</sup>, quais são essas condições: 1) “existência de uma constituição rígida”, ou seja, com modificação dificultada e contendo um núcleo imodificável (cláusulas pétreas); 2) “existência de garantia jurisdicional da constituição”, isto é, de controles judiciais de constitucionalidade, dos quais se conhecem os modelos americano e europeu ou kelseniano, além do modelo misto, adotado pelo Brasil; 3) “força vinculante da constituição”, a qual deixa de ser mera carta de ordenação de poder e passa a impor proibições (quanto às liberdades) e obrigações (quanto aos direitos sociais) aos poderes; 4) “a supra-interpretação da constituição”, ou seja, a sua interpretação extensiva para do seu texto extrair princípios implícitos e decorrentes do regime adotado pela mesma (tome-se como exemplo, na constituição brasileira, a norma do art. 5º § 2º); 5) “aplicação direta das normas constitucionais”, de forma que naquilo que ela prevê em termos de garantia de direitos a interposição de

28 Sobre o tema cfr. CADEMARTORI, S. U. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millenium, 2007.

29 GUASTINI R. **Estudios de teoría constitucional**. Edición y presentación de M. Carbonell. México: Fontamara, 2001. p. 50.



tarefa legislativa torna-se redundante (na Constituição da República Federativa do Brasil, a norma do art. 5º, § 1º); 6) “interpretação conforme das leis”, por força da qual se houver uma possibilidade interpretativa que harmonize o texto legal com a constituição, dentre outros resultados hermenêuticos, aquela deve ser adotada, com vedação destes; 7) “influência da constituição sobre as relações políticas”, relativizando-se assim o princípio da chamada divisão ou separação de poderes, já que em sede de direitos fundamentais todos os poderes estão vinculados ao cumprimento das diretrizes constitucionais.

O exame das novas constituições latino-americanas permite concluir que as mesmas preenchem as condições de constitucionalização anteriormente explanadas, haja vista a sua estrutura e os mecanismos por elas previstos e a seguir relacionados.

Assim, são características formais das novas cartas:

#### **a) conteúdo inovador (originalidade)**

No que diz com o “conteúdo” das cartas, os autores valencianos salientam o seu caráter inovador, eis que aquelas veiculam institutos de todo originais: em primeiro lugar, enfatizam a criação do referendo revogatório dos mandatos políticos<sup>30</sup>, instrumento de participação popular e democracia direta de inegável valor para a manutenção da soberania popular.

Ainda nessa seara do controle e da fiscalização do poder, festejam como um dos mecanismos importantes a previsão, pela constituição do Equador, do “Conselho de Participação Cidadã e Controle Social”.<sup>31</sup>

Apontam ainda para a nova divisão de poderes prevista na constituição da República Bolivariana da Venezuela: para enfatizar o poder popular, é previsto o “Poder Cidadão”, além do “Poder Eleitoral”, este último, entendido aqui como despidendo, já que a solução brasileira, da criação da “Justiça Eleitoral” como um braço do judiciário, parece funcionar a contento.<sup>32</sup>

30 Art. 240, I da constituição da Bolívia; art. 103 da constituição da Colômbia; art. 145 da constituição do Equador e art. 70 da constituição da Venezuela.

31 Arts. 207 e 208.

32 Art. 136.

Por último, o princípio da “plurinacionalidade”, que estrutura a nova ordem jurídico-política tanto da Bolívia quanto do Equador, eis que presente nas respectivas cartas.

### **b) extensão**

As novas constituições latino-americanas são extensas e acentuadamente analíticas, o que leva Viciano e Martínez a salientar o estreito vínculo dos poderes constituídos com a soberania popular representada pelo poder constituinte. Deve-se alertar, no entanto, para o perigo da “tirania do passado”, eis que um formato analítico de constituição pode amarrar as gerações futuras nos mais mezinhos detalhes aos valores da geração que elaborou a carta.

### **c) tratamento da complexidade com linguagem acessível**

O próprio fato da analiticidade das constituições estrutura um ordenamento bastante complexo, fruto outrossim da multiplicidade das relações sociais nas sociedades contemporâneas. Citam os professores valencianos um exemplo extraído da carta da Venezuela, que determina a coordenação de políticas fiscais e monetárias por meio de acordo de políticas macroeconômicas, bem como os processos de eleição para membros do Conselho Nacional de Justiça e Tribunal Constitucional na Bolívia.

De outro lado, denotam-se as preocupações dos constituintes em estabelecer uma linguagem acessível aos cidadãos, numa relação de comunicação/educação política importante: veja-se o caso do art. 8 da constituição da Bolívia.<sup>33</sup>

### **d) alteração constitucional por meio da ativação do poder constituinte popular**

A última característica formal apontada pelos professores de Valencia<sup>34</sup>, leva à conclusão de que eles entendem que as novas Constituições preveem sua alteração

<sup>33</sup> Art. 8. I

<sup>34</sup> VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en America Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010a. p. 32-34.

“exclusivamente” por meio do poder constituinte, o que não é verdade. Com efeito, dizem os autores que “as constituições venezuelana de 1999 e boliviana de 2009 marginalizaram completamente o poder constituído”<sup>35</sup>. Pela leitura que se faz das referidas cartas, não corresponde à realidade essa assertiva.<sup>36</sup>

Já a análise dos elementos materiais inovadores das recentes constituições é iniciada por Viciano e Martínez mencionando um elemento que não é material, mas sim formal: as novas formas de participação vinculante, como são aquelas - das quais algumas foram mencionadas anteriormente - que dizem respeito à participação direta do povo e exercício da democracia direta pela cidadania. Com efeito, esses mecanismos de manifestação do poder político dizem respeito a “quem” decide e “como se” decide politicamente (elementos formais) e não “sobre o que” se pode decidir ou “sobre o que não se pode deixar” de decidir (no primeiro caso, liberdades e no segundo, direitos sociais). É que, como diz Ferrajoli<sup>37</sup>, a democracia apresenta duas facetas: a “formal”, constituída pelas condições formais de validade das decisões (que determina competências e procedimentos, ou seja, os referidos quem decide e como decide) e a “substancial” (que condiciona as mesmas decisões a conteúdos jurídicos – os direitos fundamentais – que devem ser veiculados por aquelas).

De outro lado, deve-se ter sempre presente um risco para a democracia: o apelo ao povo que sustenta teoricamente o novo constitucionalismo apresenta aspectos problemáticos. Se por um lado é feito um forte apelo democrático, corre-se sempre o risco de que, pela adoção desse mecanismo, acabe-se por aniquilar a democracia. Repisando: se à vontade popular (soberania popular) é deferida a possibilidade de alteração da Constituição sem limites, pode-se acabar repetindo as experiências fascista e/ou nazista, ou seja, a entrega formalmente democrática (ou seja, majoritária) do poder a quem vai aniquilar a democracia. Nesse sentido, o aspecto “de direito” do Estado não deve ser descurado em

35 “[...] las constituciones venezolana de 1999 y boliviana de 2009 han marginado completamente al poder constituído.” (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010a, nota 26 à p. 33)

36 Art. 411 da constituição da Bolívia; arts. 441 e 442 da constituição do Equador; Arts. 342, 342, 344 e 345 da constituição da Venezuela e arts. 374 e 377 da constituição da Colômbia.

37 FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Traducción A. Perfecto Ibañez. Madrid: Trotta, 1995. p. 864-866.

favor da “democracia procedimental”. Com efeito, a própria noção de soberania popular pode ser questionada, já que na realidade não se pode obter de uma sociedade complexa e cindida em classes uma vontade única. A metáfora de Ulisses com as sereias deve estar sempre presente.

De qualquer sorte, esse elemento formal de democratização do poder se encontra presente nas cartas ora em análise, em sedes tais como no controle concentrado de constitucionalidade, tendo como exemplo a eleição direta de magistrados para o Tribunal Constitucional na Bolívia<sup>38</sup>, não sendo em absoluto desprezível o seu exercício para promoção da dignidade humana.

O principal elemento material de inovação aparece nas cartas de direitos incorporadas a essas Constituições, catálogos que atentam para as especificidades dos grupos sociais (mulheres, crianças, velhos, etc.) e suas necessidades diferenciadas. Assim, encontram-se direitos e garantias em profusão, dirigidos a esses grupos, constituindo-se em “leis do mais fraco”<sup>39</sup>. Mais adiante serão abordados estes novos direitos de forma mais aprofundada.

Outro aspecto material, ao passo que formal, importante, é a recepção de convênios internacionais de direitos humanos por essas cartas: por exemplo, por força da constituição do Equador, se o tratado incorpora norma mais favorável aos direitos humanos do que à constituição, aquele prevalece. Outrossim, na Venezuela, os tratados de direitos têm estatura constitucional, prevalecendo também a norma mais benéfica.

De outra parte, aplicam-se na interpretação das normas os critérios mais favoráveis aos direitos fundamentais, com o fito de conferir máxima efetividade para os direitos sociais.

Por último, lembram Viciano e Martínez que essas cartas são verdadeiras constituições econômicas, com detalhamento do planejamento dessa área e forte presença do Estado na economia.

---

38 Art. 198 da constituição da Bolívia

39 FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Traducción A. Perfecto Ibañez. Madrid: Trotta, 1995. p. 37-73.

## FUNÇÕES E INSTITUIÇÕES DE GOVERNO E DE GARANTIA NAS NOVAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS: OS PONTOS EM COMUM COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Isso posto, passa-se ao exame de algumas características comuns entre a constituição brasileira de 1988 e as referidas cartas para examinar em que medida podem as mesmas ser aglutinadas num mesmo modelo, como quer Ferrajoli<sup>40</sup>, que as agrupa no que convencionou chamar de “constituições de terceira geração”.

Diz Ferrajoli que essas constituições marcam o início de uma terceira fase do constitucionalismo, depois da primeira (setecentista e oitocentista) das constituições flexíveis; e da segunda, das constituições rígidas do segundo pós-guerra (italiana e alemã). Um primeiro traço característico delas é a extensão: a constituição do Brasil possui 250 artigos e 94 normas transitórias, e ainda mais extensas são a recentíssima constituição boliviana de janeiro de 2009 (411 artigos e 9 disposições transitórias) e a constituição do Equador de 2008 (composta por 444 artigos e 30 normas transitórias). O modelo, parece-lhe, é ao menos em parte – pela sua extensão, pelos novos direitos e pela extraordinária rigidez – a constituição portuguesa de 2 de abril de 1976 (extensa, 299 artigos).

Os elementos de novidade que possuem em comum essas constituições de terceira geração são conformados pela previsão de um mais complexo e articulado sistema de garantias e de funções e de instituições de garantia. Estes últimos institutos (funções e instituições de garantia) exigem uma explicação, já que são fenômenos que só aparecem recentemente nos ordenamentos jurídicos dos Estados de direito. Com efeito, diz Ferrajoli<sup>41</sup> que hoje se impõe uma reconsideração da esfera pública. Bem mais do que a clássica separação montesquiana entre poder legislativo, poder executivo e poder judiciário, concebida por um arranjo institucional muito mais elementar do que aqueles

40 FERRAJOLI, L. Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana. **XVIII Congresso Nacional do Ministério Público**. Florianópolis, Palestra, 26 de novembro de 2009. Disponível em: <fmp.com.br/.../Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20gove....>. Acesso em: 10 de maio de 2014. p. 1.

41 FERRAJOLI, L. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Bari: Laterza, 2007. P. 869 e ss.

hodiernos, é hoje essencial outra distinção e separação, aquela entre “funções e instituições de governo” e “funções e instituições de garantia”, fundada sobre a diversidade das suas fontes de legitimação: a “representatividade política” das primeiras, sejam elas legislativas ou executivas, e a “sujeição à lei”, e precisamente à universalidade dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, das segundas. De um lado, com efeito, aconteceu que o poder legislativo e o poder executivo estão hoje unidos, em democracia, pela mesma fonte de legitimação, até se configurarem como articulações das “funções políticas” ou de “governo” e iniciam entre eles uma relação muito mais de compartilhamento que de separação. De outro lado, as “funções de garantia” estão hoje ampliadas e vão além das clássicas “funções jurisdicionais de garantia secundária”, até incluir todas as funções geradas pelo crescimento do Estado social: a escola, a saúde, a previdência e outras. Todas essas “funções administrativas de garantia primária”, não sendo classificáveis dentro da velha tripartição setecentista, foram desenvolvidas na dependência do executivo sob a etiqueta abrangente da “Administração Pública”. Mas é claro que elas - pense-se na educação e na saúde pública - não são legitimadas, como as funções de governo, pelo critério da maioria, mas pela aplicação imparcial da lei e do seu papel de tutela, mesmo que contra a maioria, dos direitos fundamentais de todos. Por isso deve ser a elas assegurada a independência e a separação do poder executivo. Pense-se, sem ir mais longe, no Ministério Público, verdadeira instituição de garantia de direitos fundamentais, a par de suas outras funções.

Examinem-se, então, algumas das funções e das instituições de garantia que as cartas do chamado novo constitucionalismo possuem em comum com a constituição brasileira de 1988 com a finalidade de verificar se podem elas ser aglutinadas sob o rótulo, pretendido por Ferrajoli, de “constituições de terceira geração”. Tais funções e instituições são as seguintes:

#### **a) Uma mais forte rigidez**

Como se viu anteriormente, as constituições recentes da América Latina exigem solenes procedimentos para sua alteração, sendo digna de menção a previsão de uma nova assembleia constituinte, em algumas delas.

## b) Um mais amplo catálogo de direitos

No âmbito dos novos direitos fundamentais – além das clássicas liberdades e direitos sociais, devidamente consagrados nas novas constituições – é que aparecem temas apaixonantes e de verdadeiro interesse para a ciência jurídica. Com efeito, a primeira mudança realizada nesta seara é a saída do antropocentrismo, que acaba substituído pelo “biocentrismo”, verdadeira celebração à vida em todas as suas formas.

Assim, encontram-se dispositivos nas cartas em análise que refletem grande parte da cosmovisão andina, impondo o respeito e a harmonia com a natureza e a vida, como, por exemplo, os encontrados na constituição equatoriana.<sup>42</sup> Na mesma linha, os direitos dos animais acabam por ser consagrados na constituição da Bolívia, eis que da leitura do art. 33 é possível concluir-se pela sua existência.<sup>43</sup>

Tanto num como noutro caso, sejam os direitos da natureza, sejam os direitos dos animais, a teoria jurídica encontra-se em condições de manejar os conceitos e categorias extraíveis deles, pois, como já dizia Hans Kelsen (1998, p. 188 ss.), desmistificando a dicotomia pessoa física/pessoa jurídica, o direito ao longo dos séculos e em todas as sociedades atribuiu direitos e obrigações a alguns entes no mundo, por exemplo, as corporações, nominando-os como “pessoas jurídicas”. Desta forma, pode-se pensar em outros entes aos quais a ordem jurídica atribuiu tais direitos, desde os gatos no antigo Egito, passando pelas vacas da Índia e entidades sobrenaturais como os santos no direito colonial português, sendo todos estes pessoas “jurídicas”, isto é, considerados pelo direito. Em consequência, da mesma forma podem ser considerados como “pessoas jurídicas” pela teoria do direito, tanto a natureza quanto os animais, bastando a vontade do constituinte ou do legislador para isso. Assim, não há óbice algum de trabalhar com esses novos sujeitos.

Ainda, tem-se como *ethos* fundante da normatividade constitucional desses países, sendo isso explícito na Bolívia e no Equador, a ideia do “Bien Vivir/Vivir Bien”, que no Equador se concretiza nos direitos sociais e ao meio ambiente (arts. 12 a 34, desdobrados no Título VII da mesma carta) e na Bolívia como um fim da sociedade,

42 Arts. 71 e 71 da constituição do Equador.

43 Art. 33 da constituição da Bolívia.

eis que o preâmbulo de sua constituição refere-se à construção de um Estado “em que predomine a busca do *vivir bien*”<sup>44</sup>. Essa disposição aparece de forma conspícua no artigo 8º da mesma constituição, o qual incorpora as diretrizes de vida do povo boliviano. Ainda como exemplo de procura de valores espirituais para legitimar e fundamentar a ordem jurídica, encontra-se a invocação à *Pachamama* (Mãe-Terra), nos preâmbulos das constituições da Bolívia e do Equador.<sup>45</sup>

Por último, em tema de inovação na área de direitos fundamentais, é de advertir-se que as cartas tanto do Equador quanto da Bolívia permitem o direito de voto aos estrangeiros, sendo que naquele o exercício do direito é condicionado a um prazo de residência<sup>46</sup> e nesta o direito se restringe a eleições municipais<sup>47</sup>. De todas as formas, é um extraordinário avanço rumo à superação de um conceito de cidadania limitado às diversas soberanias nacionais, rumo ao ideal da construção de uma cidadania sul-americana<sup>48</sup>.

## b) Vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais

As normas constitucionais que vinculam os orçamentos à efetivação de direitos sociais constituem verdadeiras “garantias constitucionais primárias”, assim como definidas por Ferrajoli:

[...] a garantia dos direitos fundamentais constitucionais constitucionalmente estabelecidos e, de modo mais geral, das normas constitucionais substanciais, são de dois tipos: constitucionais ou legislativas. As garantias constitucionais que são estabelecidas por normas constitucionais, são por sua vez, também de dois tipos: as garantias constitucionais primárias, que consistem em regras de competência, que exigem do legislador, por um lado, a obrigação de fazer leis de execução ou de garantir as normas constitucionais

44 Preâmbulo da constituição da Bolívia: “[...] donde predomine la búsqueda del *vivir bien*.” Em 15 de outubro de 2012, a Bolívia aprovou a Lei da Mãe Terra e do Desenvolvimento Integral para o “*Vivir Bien*”, cuja estrutura abrange, entre outros, os temas do desenvolvimento integral em harmonia com a Mãe-Terra, o “*vivir bien*” como horizonte alternativo ao capitalismo etc. (BOLÍVIA. **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para *vivir bien* de 15 de octubre de 2012. N. 300.** Disponível em: <<http://www.planetaverde.org.ar>>. Acesso em: 10 de abril de 2014)

45 Preâmbulos das constituições da Bolívia e do Equador.

46 Art. 63 da constituição do Equador.

47 Art. 27 da constituição da Bolívia.

48 CADEMARTORI, D. M. L. de; CADEMARTORI, S. U. Da cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; CESAR, R. C. L.; MORAES, G. de O. **A construção jurídica da UNASUL.** Florianópolis; FUNJAB, 2011, p. 63-92.



substanciais e, por outro, a proibição de modificar tais normas se não através de um procedimento agravado.<sup>49</sup>

De fato, elas materializam a obrigação dos poderes para com a satisfação das necessidades básicas das pessoas, pré-condição para que se atinja um mínimo de dignidade humana. Assim é que as constituições da Colômbia (arts. 336 e 359) e da Venezuela (arts. 85, 86 e 103) vinculam algumas receitas às despesas com direitos sociais.<sup>50</sup>

### **c) O controle de constitucionalidade por omissão**

Assim como no Brasil, as cartas da Venezuela e do Equador instituem o controle de constitucionalidade por omissão, sendo que naquela a ação é próxima ao feito da brasileira, por tratar-se de controle concentrado, e neste último a declaração se dá em sede de procedimento similar ao mandado de segurança.<sup>51</sup>

### **d) Um Ministério Público instituído para defesa dos direitos fundamentais**

De forma geral, as novas constituições latino-americanas instituem e outorgam competência ao “Defensor del Pueblo” para desempenhar a função de defesa dos direitos coletivos e difusos. De qualquer sorte existe previsão de um órgão independente, da mesma forma que o Ministério Público brasileiro, para exercício deste mister. Assim, as constituições pouco variam no que diz com as atribuições desse órgão<sup>52</sup>, que parece ter inspiração em instituto similar existente no direito espanhol.

### **e) Defesa pública ao lado da acusação pública**

Tal como no Brasil, as cartas em comentário preveem a disponibilidade de um

49 “[...] le garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti e, più in generale, delle norme costituzionali sostanziali, sono di due tipi: costituzionali o legislative. Le garanzie costituzionali, cioè stabiliti da norma costituzionali, sono a lora volta di due tipi: le garanzie costituzionali primarie, consistente in norme di competenza che impongono al legislatore, da un larto, l’obbligo di produrre leggi di attuazione o di garanzia delle norme costituzionali sostanziale e, dall’altro, il divieto di modificare tale norme se non con procedura aggravata.” (FERRAJOLI, 2007, p. 918 - tradução livre)

50 Arts. 336 e 359 da constituição da Colômbia e arts. 85 e 103 da constituição da Venezuela.

51 Art. 336 da constituição da Venezuela e art. 94 da constituição do Equador.

52 Art. 277 da constituição da Colômbia; Arts. 280 e 285 da constituição da Venezuela; Arts. 86, 214 e 215 da constituição do Equador e arts. 218 e 222 da constituição da Bolívia.

órgão com a competência específica da defesa de direitos para os necessitados<sup>53</sup>, à exceção da Colômbia.

#### f) Instituições de garantia dos direitos políticos

No que tange à garantia dos direitos políticos, os constituintes das novas cartas preocuparam-se em instituir entidades dotadas de independência, diferenciando-se da estrutura orgânica brasileira, na qual o órgão competente para assegurar direitos políticos é um ramo do poder judiciário. Destarte, encontra-se nas diversas cartas a nomenclatura “Organización Electoral, Consejo Nacional Electoral, Función Electoral, Órgano Electoral, Tribunal Supremo Electoral”<sup>54</sup>.

Como se vê, os pontos de coincidência entre as constituições do chamado “novo constitucionalismo latino-americano” e a atual constituição brasileira são evidentes, apresentando todas elas - com as nuances de praxe, já que cada sociedade tem suas características próprias - instituições e funções de garantia que refletem constante preocupação com a consolidação de Estados democráticos de direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto deste artigo versou sobre o âmbito de inovação constitucional latino-americano, a partir do sistema de garantias estabelecido por cada uma das novas constituições, resultado que foram da reconstrução democrática do subcontinente no último quartel do século XX. Ora, o atual constitucionalismo latino-americano recebeu a designação de “novo constitucionalismo”, em sociedades que não chegaram a vivenciar o Estado social. Sem entrar no debate do que existe de ruptura e/ou continuidade com relação ao constitucionalismo tradicional, buscou-se verificar o *quantum* de originalidade reside em algumas contribuições das novas cartas, em especial no que diz respeito às referidas garantias. Para isso, foram tomadas como objeto de análise as constituições da Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (após a reforma de 2008) e

53 Art. 253 da constituição da Venezuela; art. 119, II da constituição da Bolívia e art. 191 da constituição do Equador.

54 Art. 258 da constituição da Colômbia; art. 292 da constituição da Venezuela; art. 217 da constituição do Equador e arts. 205 e 206 da constituição da Bolívia.

Bolívia (2009) de modo a possibilitar esboços de uma análise comparativa com a constituição brasileira de 1988.

Concluiu-se que as respostas que as novas constituições apresentaram à crise constitucional envolvem a própria superação do conceito de constituição como mero limite ao poder constituído, avançando ao apresentar uma fórmula democrática em que o poder constituinte expressa sua vontade também sobre a configuração e limitação da própria sociedade. Por outro lado, no plano dos fatos, percebe-se que as novidades no direito constitucional acabam, num primeiro momento, por não se consolidar em sua totalidade, exatamente por envolverem uma relação íntima entre democracia, governo e direito.

De modo a possibilitar as bases para a compreensão das novidades deste novo constitucionalismo, partiu-se da discussão teórica envolvendo a tipologia ou a classificação dada a esta nova fase: novo constitucionalismo, constitucionalismo andino ou, ainda, constitucionalismo de terceira geração. Uma das divergências refere-se à inclusão do Brasil nesta seara, acrescentando-se aqui a análise de autores como Luigi Ferrajoli que postulam uma classificação das constituições em três gerações: a primeira, aquela das liberdades; a segunda, sendo a do constitucionalismo dos direitos sociais e, por último, um constitucionalismo de terceira geração, marcado pelo aumento das esferas de indecidibilidade e das garantias, categoria na qual estão as novidades constitucionais latino-americanas.

As novidades constitucionais passam a ser percebidas então a partir de suas características formais, verificando-se as chamadas condições de constitucionalização, necessárias para a existência do Estado constitucional de direito. Será a existência de algumas características comuns entre a constituição brasileira de 1988 e as novas cartas da América Latina que fazem com que elas possam ser percebidas a partir de um mesmo modelo, nas chamadas "constituições de terceira geração".

Em síntese, apesar do grande espaço conquistado pela posição diversa nos debates acadêmicos, não há argumentos fortes para negar a tipologia apresentada por Luigi Ferrajoli, ou seja, a existência de um constitucionalismo de terceira

geração, partindo da constituição brasileira de 1988 e abrangendo as novas constituições latino-americanas. Como se vê, os pontos convergentes entre as constituições apresentadas e a carta brasileira são evidentes, cada qual com as suas instituições e funções de garantia. Além do mais, as justificativas apresentadas pelos doutrinadores em relação à desclassificação do Brasil referem-se a critérios formais, acentuando um provável *deficit* de legitimidade. Trata-se muito mais de um apego ao processo de produção do que ao próprio produto. Sendo assim, os abalos formais no processo constituinte que de fato afetariam a legitimidade democrática, como poder constituído, não parecem suficientes para servir como justificativa para analisar o processo constitucional brasileiro, que no ano de 1988 inaugurou uma terceira fase de constitucionalismo, o que determina que ela deva necessariamente ser considerada na análise do fenômeno das novas constituições latino-americanas.

## REFERÊNCIAS

BLANCO VALDÉS, R. **El valor de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1994.

BOBBIO, N. **Locke e il dirittto naturale**. Torino: Giappichelli, 1963.

BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia**. (2009) Disponível em: [http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint\\_1\\_Pes\\_PDF.pdf](http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf) Acesso em: novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien de 15 de octubre de 2012. N. 300**. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org.ar>>. Acesso em: 10 de abril de 2014

CADEMARTORI, D. M. L. de; CADEMARTORI, S. U. Da cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In: \_\_\_\_; \_\_\_\_; CESAR, R. C. L.; MORAES, G. de O. **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis; FUNJAB, 2011, p. 63-92

CADEMARTORI, S. U. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2.ed. Campinas: Millenium, 2007.

\_\_\_\_\_. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: desafios da sustentabilidade. Palestra proferida no **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, Rio de Janeiro, UFF, 2012. p. 1-12.

CADEMARTORI, D. M. L. de ; COSTA, B.L.C. O novo constitucionalismo latino-americano. Uma discussão tipológica. **Revista Direito e Política**. PPCJ-Univali, Itajaí, vol. 8 1/3, p. 220-239, 1º. Quadrimestre de 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br>>. Acesso em: 27 de abril de 2014.

CARBONELL, M. (org.) **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

COLÔMBIA. **Constituição da Colômbia**. (1991) Disponível em: <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/> Acesso em: novembro de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito, Corte Constitucional Del Ecuador, 2010. 96 p.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. Prefácio. In: \_\_\_\_ ; \_\_\_\_ (Org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EQUADOR. **Constituição do Equador (1998)**. Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf) Acesso em: novembro de 2013.

ELSTER, J. Introducción. In: \_\_\_\_; SLAGSTAD, R (Orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Traducción de M. Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El Pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización. Artigo apresentado no **Seminário sobre Pluralismo e Multiculturalismo**, realizado nos dias 13 e 14 de abril de 2010 na Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: [http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3\\_RYF\\_2010\\_CONSTITUCIONALISMO\\_Y\\_PLURALISMO\\_BR.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf) . Acesso em: 12/11/2013.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón**. Teoría del garantismo penal. Traducción A. Perfecto Ibañez. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Traducción de P. A. Ibañez y A. Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

\_\_\_\_. Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana. **XVIII Congresso Nacional do Ministério Público**. Florianópolis, Palestra, 26 de novembro de 2009. Disponível no site: <[fmp.com.br/.../Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20gove....](http://fmp.com.br/.../Prof%20Ferrajoli%20-%20funzioni%20di%20gove....)>. Acesso em: 10 de maio de 2014

\_\_\_\_. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade In: \_\_\_\_; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2012a. p. 13- 58

\_\_\_\_\_. O Constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradução de A. K. Trindade. In: \_\_\_\_\_. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b. p. 232-254

\_\_\_\_\_. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia. Bari: Laterza, 2007. 713 p.

GAMBOA ROCABADO, Franco. La Asamblea Constituyente en Bolivia: Una evaluación de su dinámica. **Frónesis**, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando, Universidad del Zulia, v. 16, n. 3, p. 487-512, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 05/10/2012. Acesso em: 10 de maio de 2014.

GUASTINI R. **Estudios de teoría constitucional**. Edición y presentación de M. Carbonell. México: Fontamara, 2001.

HURTADO, Mónica. Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: el Frente Nacional de 1957 y la Constituyente de 1991. **Revista de Estudios Sociales**, Universidad de los Andes, Bogotá, n. 23, p. 97-104, abril de 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 05/10/2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João B. Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASKI, H. **El liberalismo europeo**. México: FCE, 1979.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre el gobierno civil**. Traducción y notas de C. Mellizo. Madrid: Alianza, 1990.

MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das leis**. Tradução de F. H. Cardoso e L. M. Rodrigues. São Paulo: Abril, 1985.

SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. Traducción de F. Ayala. Madrid: Alianza, 1982. 380 p.

SEONE, J.; TADDEI, E.; ALGRANATI, C. **Minería transnacional y resistencias sociales en Africa y America Latina**: experiencias de resistencia y de movilización social frente a las estrategias corporativas de las compañías Vale (Brasil) y AngloGold Ashanti (Sudáfrica) en Argentina, Colombia, Perú, Angola y Mozambique. GEAL, 2011, p.1-36. Disponível em: <[http://www.dialogosdos povos.org/pdf/liv\\_ibase\\_mineracao\\_port\\_REV2.pdf](http://www.dialogosdos povos.org/pdf/liv_ibase_mineracao_port_REV2.pdf)>. Acesso em: 06/04/13. p 27 e ss.

TIBOCHA, Ana María; JARAMILLO-JASSIR, Mauricio. La Revolución Democrática de Rafael Correa. **Análisis Político**, Bogotá, v. 21, n. 64, p. 22-39, sept./dic. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>> Acesso em: 05/10/2013.

VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado**, Valencia, n. 9, 2011. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3690557>. Acesso em: 10 de maio de 2014

\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional. **Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales**. Caracas, v.14 n.2., p. 102-132, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/pdf/rvecs/v14n2/art07.pdf>. Acesso em: 06/04/14.

\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Apresentação. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en America Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010a.

\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano? **VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional**, Cidade do México. Dezembro de 2010b. [online] Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2013.

VENEZUELA. **Constituição da Venezuela (1999)**. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/venezuela/ven1999.html>. Acesso em: novembro de 2013.

VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, set/dez. 2005 Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 16/05/2014.

WOLKMER, A. C.; MELO, M. P. **Constitucionalismo latino-americano**. Tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

\_\_\_\_. **O Terceiro mundo e a nova ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

\_\_\_\_; WOLKMER, M. de F. S. Una crítica cívica y plural del Estado y del Derecho en América Latina. Traducción de A. Rosillo Martínez. In: CADEMARTORI, D. M. L. de et al. (Orgs). **La Construcción jurídica de la UNASUR**. Florianópolis: GEDAI/UFSC, 2013, p. 427- 442.