

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

ABERTURAS, TRANSIÇÕES E DEMOCRACIA

A147

Aberturas, transições e democracia [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Marcela Braga Nery – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-507-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Democracia. 4. Transição. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

ABERTURAS, TRANSIÇÕES E DEMOCRACIA

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre ABERTURAS, TRANSIÇÕES E DEMOCRACIA.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Democracia. Transição. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Marcela Braga Nery – UFRJ

**A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA:
CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA CIDADANIA E A TUTELA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**THE EVOLUTION OF CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: HISTORY
OF CITIZENSHIP CONSTRUCTION AND PROTECTION OF FUNDAMENTAL
RIGHTS**

**Caroline Rossatto Stefani ¹
Janaina Cristina Battistelo Cignachi ²**

Resumo

O final do século XVIII traz consigo o surgimento do Estado Constitucional e, juntamente, os direitos fundamentais do homem, integrando o sistema de governo e da organização do poder. Dentro do cenário latino-americano, a evolução dos direitos de cidadania tem como marco histórico a conquista pelos direitos civis, direitos políticos e direitos sociais, sucessivamente. No Brasil, diante de uma perspectiva político-social, surge uma nova concepção de cidadania, a chamada cidadania ampliada, constituída por movimentos coletivos heterogêneos, que reivindicam autonomia e independência perante o Estado, bem como formulam demandas sociais diversificadas e amparadas em valores como pluralismo e a diversidade. Dentro das diversas gerações de constituições, a Constituição Brasileira, é vista como mais avançada, pois inclui temas de grande relevância como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com o estudo das constituições latino-americanas emerge o *ius commune* constitucional, desenhando um modelo de democracia constitucional caracterizada pela expansão dos direitos fundamentais e pela introdução de novas estruturas e mecanismos voltados à sua promoção e tutela. Todavia, a distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e dos direitos materialmente alcançados torna-se uma característica comum a todos os países latino-americanos, sendo necessária a readequação de modelos constitucionais abrangentes, partindo-se do constitucionalismo clássico e do neoconstitucionalismo, para o novo constitucionalismo democrático latino-americano. Esse constitucionalismo pluralista apresenta três ciclos marcantes e que ensejam importantes reformas constitucionais, sendo eles: o ciclo multicultural, ciclo pluricultural e ciclo plurinacional.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Democracia, Direitos fundamentais

¹ Mestre em Direito Ambiental e Sociedade pela UCS/RS. Graduada em Direito pela UNISINOS/RS. Atualmente, Servidora Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Agente da Polícia Civil.

² Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Integração do Ensino Superior do Cone Sul – FISUL. Advogada.

Abstract/Resumen/Résumé

The late eighteenth century brings with it the emergence of the constitutional state and, together, fundamental rights, integrating the system of government and the organization of power. Within the Latin American scene, the evolution of citizenship rights has as a milestone achievement for the civil, political and social rights, on. In Brazil, on a political and social perspective, a new conception of citizenship arises, the call extended citizenship, consisting of heterogeneous collective movements, claiming autonomy and independence from the State and formulate diverse social demands and supported by values such as pluralism and diversity. Within several generations of constitutions, the Brazilian Constitution, is seen as more advanced because it includes highly relevant topics such as the right to an ecologically balanced environment. With the study of Latin American constitutions emerging ius commune constitutional, drawing a constitutional democracy model characterized by the expansion of fundamental rights and the introduction of new structures and mechanisms aimed at their promotion and protection. However, the distance between the constitutionally proclaimed rights and the rights achieved materially becomes a common feature of all Latin American countries, requiring readjustment of comprehensive constitutional models, starting from the classic constitutionalism and neoconstitutionalism for the new Latin American democratic constitutionalism. This pluralist constitutionalism has three striking cycles and giving rise important constitutional reforms, which are: the multicultural cycle, multi-cultural cycle and the plurinational.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalism, Democracy, Fundamental rights

1 Introdução

Com o surgimento do Estado constitucional no final do século XVIII, surgem os direitos fundamentais do homem, sob o aspecto de expressão da condição humana, integrando o sistema de governo e da organização do poder, como uma essência de Estado constitucional. Surge então, o Estado Constitucional Democrático, passando os direitos fundamentais a servirem como base a ideia de um Estado condicionado aos limites da Constituição.

Primeiramente, o objetivo é destacar a importância de enquadrar a Constituição Brasileira no momento histórico atual. Diga-se, que a Constituição Brasileira pertence à classe de última geração das constituições e, diante disso, suas características são destacadas haja vista a multiplicação de direitos fundamentais nela inseridos, bem como, a instituição de garantias asseguradas.

Os direitos fundamentais equivalem, segundo alguns doutrinadores, a vínculos substanciais, que condicionam a validade das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito. Ao passo que a democracia passa a tutelar os direitos fundamentais, surge uma preocupação quanto à efetivação das normas que regulam esses direitos no campo jurídico, muito embora a promoção dos direitos fundamentais esteja condicionada ao Estado.

A eficácia das normas constitucionais tem ocupado lugar de destaque, uma vez que nem todas as normas constitucionais são auto-aplicáveis e auto-executáveis, havendo a necessidade de intervenção judicial, em determinados casos, para que haja a sua plena efetivação.

Neste contexto, analisar a amplitude das constituições de terceira geração, no caso, a Constituição Brasileira, torna-se necessário, diante da abrangência e alcance dos direitos previstos.

Para tanto, uma análise acerca das concepções constitucionalistas, neoconstitucionalista e do novo constitucionalismo na América Latina serão tratadas com a pretensão de se justificar a insuficiência e valia de ambos os modelos, assim como, destacar o posicionamento de alguns doutrinadores sobre os temas. Utilizando-se do método dialético, o estudo revela as principais mudanças e evoluções nas conquistas dos direitos fundamentais na América Latina.

2 Construção histórica da cidadania no cenário Latino-Americano e no Brasil

A evolução dos direitos de cidadania e dos indivíduos titulares do status de cidadão tem como marco histórico a conquista pelos direitos civis, no século XVIII; pelos direitos políticos, no século XIX; e, pelos direitos sociais no século XX. Em que pese à efetivação dos direitos sociais, compreende-se caber às instituições, sejam elas, tribunais, corpos representativos, serviços sociais e escolas.

No Brasil, o processo histórico que culminou a promulgação da Constituição Federal de 1988, representa duas tendências quanto à cidadania. Perante a perspectiva jurídica há a existência das instituições estatais e a centralidade dos direitos, desconsiderando a participação política. Nesta perspectiva, a eficácia dos direitos fundamentais, através dos tribunais, legitima a judicialização da política e das relações sociais, e, alternativamente, à inércia do Executivo e do Legislativo, na execução de políticas públicas (VIANNA, 2012, p. 24). Diante da perspectiva político- social, surge uma nova concepção de cidadania no país, também chamada de “cidadania ampliada” (DAGNINO, 2012, p. 25), representada pela reivindicação dos direitos humanos, envolvendo demandas por distribuição socioeconômica (igualdade) e reconhecimento político-cultural (diferença).

A cidadania ampliada é constituída por movimentos sociais, representados por um formato de organização de movimentos coletivos heterogêneos, desenvolvidos no âmbito da sociedade civil, que reivindicam autonomia e independência perante o estado, ainda capazes de formularem demandas sociais diversificadas e amparadas em valores como o pluralismo e a diversidade (GOHN, 2012, P.25).

Pode ser definida também como uma cidadania simultaneamente individual e social, passiva, em que pese à proteção de direitos à igualdade e à diferença; e, ativa, como prática participativa e deliberativa nas decisões comuns. O seu exercício engloba espaços locais, nacionais, transnacionais e globais assegurando ao cidadão tornar-se membro da comunidade política a qual pertence. É neste contexto de desenvolvimento da cidadania, que surge o novo constitucionalismo latino-americano (GÓMEZ, 2012, p. 25).

A cidadania, na conjuntura latino-americana e brasileira, surge com uma série de peculiaridades com relação às concepções europeias, no que se refere às noções de Estado Nacional, capitalismo, democracia e direitos humanos.

Inicialmente, o ambiente colonizado proporcionou mecanismos e elementos distintos do capitalismo metropolitano e, na passagem do sistema de propriedade coletiva pré-colombiano para privatista-individual europeu, modifica-se o modelo de produção de economia de subsistência para um capitalismo periférico (BELLO, 2012, p. 33).

No período de 1512, os colonizadores espanhóis implementaram o sistema de *encomienda*, de modo que os povos indígenas ficavam submetidos aos colonos realizando trabalhos forçados e, em contrapartida, tinham seu bem-estar como forma de garantia de sua subsistência e evangelização católica. Com o avanço da sociedade colonial, a mão de obra escrava é substituída dando lugar aos negros capturados da África, sendo os escravos alocados no setor primário, em atividades de extração mineral e de agricultura para exportação.

Como cenário do capitalismo, a abolição da escravatura desencadeou a formação de classes sociais com ampla migração das zonas rurais para os centros urbanos da América Latina. Surgem então, os grupos oligárquicos, os quais viabilizam a Constituição de 1880.

O Estado Oligárquico se caracteriza como modelo econômico de acumulação capitalista via setor primário exportador e, suas características políticas são: hipertrofia do aparato repressivo do Estado, a exclusão da maioria da população dos órgãos de decisão; e, a eliminação dos elementos democrático-burgueses, que se apresentam como alternativas progressistas ao desenvolvimento do capitalismo e de intervenção política direta ou indireta do capitalismo monopólico.

Durante o processo de construção histórica da cidadania, na América Latina, a matriz político-cultural torna-se fortemente estatal, assumindo um papel determinante na vida social. O Estado passa a ter um espaço político por excelência, dissociado da ideia de nação unificada, predominando a esfera política sobre a econômica, continuando a prevalecer o interesse político das oligarquias. Forma-se uma nação a reboque do Estado, representando um “movimento de fora para dentro”, viabilizando a expansão do capital internacional, incorporando um aparato burocrático-institucional sem correlação com elementos identitários, sem a correspondente formação de uma nação democrática de cidadania (FLEURI, 2012, 35).

Verifica-se, que há a construção da cidadania através do Estado, justificando a expressão “Estado sem cidadão”, onde a existência de um poder político central não corresponde à criação de uma nação compreendida com a construção de uma sociabilidade minimamente necessária para legitimar o exercício deste poder. Logo, a organização social

molda-se na América Latina pela prevalência dos interesses políticos das oligarquias e não pela circulação de bens e serviços.

Apenas com a consolidação do Estado burguês e com o modelo de sociedade industrial é que a hegemonia oligárquica sucumbe, pois surgem novos sujeitos políticos, representados pelas novas classes sociais.

Na década de 30 (século XX) surgem novas articulações entre Estado e sociedade civil. Há o crescimento do pauperismo, da economia e aumento da pressão popular por reivindicação da questão social, fatores que geram uma série de bandeiras de luta, entre elas, a mestiçagem e indigenismo, que contribuem para a formação de uma identidade latino-americana. Tal período fica conhecido como a “Era dos Populismos Nacionalistas” marcados por governos autoritários e fundados no personalismo de líderes carismáticos (BELLO, 2012, p. 39).

No período de 1960 a 1990, inaugura-se uma conturbada fase de ascensão de regimes e ditaduras militares. Através de Golpes de Estado há uma reação das classes dominantes ao crescimento político das camadas sociais subalternas e a repressão ao exercício da cidadania política. Ocorre um esvaziamento do espaço político e uma desmobilização popular generalizada.

Como forma de revigorar o capitalismo latino-americano, os governos militares buscaram: desnacionalização da economia; desmantelamento do capitalismo de Estado; redução das obrigações do Estado quanto ao bem-estar social; promoção da concentração do capital; orientação pró-monopólica do capital agrário; e, pauperização da classe operária (GUAZZELLI, 2012, p. 40).

A Constituição do México de 1917 teve influência da doutrina anarcossindicalista, surgindo em meio a uma série de movimentos políticos e sociais, que enfrentam a ditadura de Porfírio Díaz. As normas jurídicas constitucionais asseguram direitos de cidadania de cunho social, estabelecendo a desmercantilização do trabalho; firma-se o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários; emerge a responsabilidade dos empregadores por acidente de trabalho; e, formam-se as bases para a construção do modelo de Estado Social de Direito. É um momento de ampla mobilização popular, extremas desigualdades e forte repressão contra as minorias sociais e étnicas (COMPARATO, 2012, p. 42).

As experiências revolucionárias, na América Latina, caracterizaram-se pela formação de movimentos operários urbanos. A gênese da figura cidadão inicia em meio de regimes burocráticos ditatoriais e através de uma apropriação autoritária e tardia do tema “necessidades sociais” (concessão de direitos sociais para grupos políticos seletos), que lhes conferiu uma aplicação populista e clientelista típica das “revoluções de cima para baixo” por meio da concessão de direitos sociais e grupos seletos (BELLO, 2012, p. 42).

A ascensão de ditaduras militares resultou na formação de governos autoritários cujas metas iniciais estabeleciam a primazia do setor financeiro sobre a política democrática e eliminação dos trabalhadores do processo político. Neste período, houve forte centralização das políticas públicas através de reformas burocráticas que tentaram excluir as forças mobilizadoras em torno da questão social durante o período populista, de forma a eliminar o jogo político da pressão e barganha exercido pelos trabalhadores e intermediado pelos sindicatos e partidos políticos.

No Brasil, o marco para a modernização ocorreu no ano de 1808 com a vinda da família real portuguesa para a colônia e com a abertura dos portos em Portugal. O processo de transformação política e social desencadeou duas fases: a primeira de poder pessoal, representada pelo senhor de terras e identificada pelo patriarcalismo e pela escravidão; e, a de poder impessoal, com a implementação do aparato burocrático e desenvolvimento do mercado. A abolição da escravidão consiste em importante fator para a mudança social em curso e a caracterização de um primeiro modelo de cidadania no País.

No ano de 1888, surge uma nova classe social intermediária entre senhores e escravos: os agregados ou dependentes chamados por alguns autores de *ralé estrutural*, que representará a classe social detentora da condição de subcidadania. Estes sujeitos desprovidos de reconhecimento social em razão da sua inutilidade para o processo produtivo e de serem destituídos de patrimônio, tinham status de formalmente livres, contudo não tinham condições fáticas de subsistência própria e estavam desvinculados dos processos essenciais à sociedade (BELLO, 2012, p. 48).

Representando a condição de indivíduos marcada por uma cultura social de dádiva, que expressava uma total confusão entre público e privado, Sales cunhou a expressão *cidadania concedida* como:

Que está na gênese da construção de nossa cidadania, está vinculada, contraditoriamente, à não-cidadania do homem livre e pobre, o qual dependia dos

favores do senhor territorial, que detinha o monopólio privado do mando, para poder usufruir dos direitos elementares da cidadania civil. (SALES, 2012, p. 49)

Com o sistema do coronelismo há um entrelaçamento entre o público e privado no exercício do poder político, característica da Primeira República, que se fundava na promíscua “relação do compromisso entre o poder privado decadente e o poder público fortalecido”. Os indivíduos antes desprezados passam a representar um papel relevante nos pleitos eleitorais.

Na República Velha, o Estado deixa de ignorar os indivíduos antes desprezados e passa a tomar medidas com relação a eles. É adotada a postura governamental de violência e repressão, diante do quadro de pauperização e insalubridade generalizada.

A Constituição de 1891 adotou uma postura estatal nada absenteísta com relação às liberdades fundamentais, desprovidas de proteção jurídica, dos indivíduos pobres e miseráveis. Afirma-se que no Brasil, o liberalismo surgiu antes da democracia, destinado a justificar a implementação e expansão da economia industrial e não para assegurar garantias fundamentais. Tratava-se de um liberalismo econômico e não político (VIANNA, 2012, p. 50).

Com o avançar do capitalismo industrial e como respostas aos impactos da crise financeira de 1929 sobre o Brasil, houve uma progressiva intervenção estatal na economia, que culminou na formação do Estado Nacional de perfil autoritário, centralizado e intervencionista. Neste momento, ocorre um redimensionamento das relações do Estado com a sociedade, com a instauração do modelo de corporativismo e, as relações entre público e privado se rearticulam, ocorrendo uma renovação das estruturas. As questões sociais passam a ser objeto de políticas públicas seletivas, voltadas à promoção da cidadania pela via do corporativismo e ficam codificados os direitos sociais de cidadania.

Enquanto no velho continente o reconhecimento da cidadania social ocorreu num cenário em que vigorava o sufrágio universal (político) e havia uma tradição de direito civil, no Brasil, a cidadania estava atrelada a condição de trabalhador, para depois ser estendida a subcidadão, juridicamente considerado membro da comunidade política. Surgem direitos sociais sem que existissem direitos individuais e políticos primeiro.

Após o intervalo democrático de 1945 a 1964, um novo período de autoritarismo foi deflagrado no Brasil, concentrando-se no Executivo Federal a responsabilidade pelas políticas públicas ligadas à questão social. A restrição das liberdades políticas e a submissão da

proteção social ao desenvolvimento econômico, simbolizando a redução dos gastos sociais, são reflexos desse período.

Diante de todo processo de reconhecimento dos direitos sociais, a cidadania recebeu desigual tratamento. A partir de 1872, evidencia-se uma tônica constante de discrepância entre normatividade e facticidade, que demonstra a insuficiência da dimensão jurídica e a necessidade de serem criadas condições políticas para a concretização desses direitos na prática social (BELLO, 2012, p. 56).

A década de 80, portanto, foi conhecida como década perdida, pois representou o fim de um ciclo de quase 50 anos de desenvolvimento como matriz social, política e econômica preponderante. Simultaneamente ao crescimento das reivindicações dos movimentos sociais e ao avançar de um processo político de redemocratização institucional, delineava-se o neoliberalismo, que visava o combate ao populismo na promessa de crescimento econômico.

Com o neoliberalismo, tem-se a despolitização de uma série de questões sociais e a sua retirada da seara do Estado para o âmbito privado, transferindo a incumbência da prestação de serviços sociais às instituições filantrópicas. Como resultado desse fenômeno, apontado por Dagnino de “confluência perversa”, a cidadania passa a ser explorada numa acepção restritiva, privatizada e atomizada, não representando mais o pertencimento a comunidade política, mas a integração do mercado competitivo (BELLO, 2012, p. 65).

Neste período, há a despolitização da questão social e uma forte vinculação entre cidadania e mercado. Ocorre também, a descoletivização das demandas sociais e uma individualização dos direitos da cidadania.

Percebe-se que ao longo da década de 90 a economia foi sobreposta à política e à questão social coroando a lógica de monetarização das relações pessoais.

Assim, após anos de ditadura, houve um esgotamento dos regimes autoritários, em sucessivas crises econômicas e sociais, bem como da insuficiência dos planos de governo e das políticas públicas de supressão de liberdade aos cidadãos.

Ocorre então, a abertura da democracia e, em termo de cidadania, surgem diversos movimentos de direitos humanos e a retomada formal da democracia no seu viés material, reconhecendo as demandas de grupos vulneráveis. Ainda, houve a participação ativa de novos setores da sociedade civil, que em conjunto com sindicatos e partidos políticos passam a integrar a centralidade do processo político, adotando a cidadania como denominador comum entre os diversos movimentos políticos contemporâneos.

Consolida-se a chamada cidadania ampliada, tanto no Brasil como na América Latina, onde os movimentos sociais organizados em torno de distintas bandeiras encontraram na noção de cidadania um instrumento útil para suas lutas particulares. Neste contexto, se construiu uma nova normatividade constitucional inédita na América Latina com ênfase democrática na questão social.

3 As diversas gerações de constituições e a tutela dos direitos fundamentais

O estudo das diversas gerações de constituições torna-se necessário na busca de uma melhor compreensão da constituição brasileira. Essa por sua vez, pertence à classe das constituições de última geração, que têm como características: grau elevado de rigidez, multiplicação de direitos fundamentais, desenvolvimento das funções, das instituições de garantias e, também, por tratar-se de constituições extensas (FERRAJOLI, 2009, p. 1).

Pode-se dizer que a primeira geração de constituições foi aquela das primeiras constituições liberais, que previam como direitos fundamentais apenas direitos de liberdade e não se caracterizavam pela rigidez constitucional e pelo controle jurídico de constitucionalidade.

Durante longo tempo, as constituições e os estatutos foram compreendidos como simples leis, muito embora já reconhecido seu caráter jurídico, não existia a ideia de uma lei sobre as leis e de um direito sobre o direito. Também era inexplicável que uma lei pudesse vincular a lei, sendo ela a única fonte e, por isso, onipotente do direito, logo, onipotente era o legislador e a política, da qual a legislação é o produto e, junto, o instrumento. Decorrente disso viu-se, a concessão formal e procedimental da democracia, identificada apenas com o poder do povo, isto é, com a vontade dos seus representantes.

O constitucionalismo do século XX é uma possibilidade de superar o enfraquecimento estrutural do âmbito jurídico e, sendo assim, a afirmação do caráter jurídico e imediatamente vinculante da Constituição, a sua rigidez e a qualificação de determinados referentes jurídicos, como os direitos fundamentais, símbolos deste processo (FERRAJOLI, 2009, p. 20).

As constituições de segunda geração têm como características a previsão, como direitos fundamentais, dos direitos sociais, ou seja, o direito à saúde, à educação, à subsistência e à sobrevivência, que são direitos a não lesão, correspondem a “limites ou proibições” a cargo da esfera pública, ou seja, correspondem a obrigação de fazer. Neste ponto, uma melhor construção do conceito de direitos humanos torna-se necessária.

Conforme salienta Norberto Bobbio, os direitos fundamentais compreendem:

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p. 5).

Canotilho, ao tratar do sistema dos direitos fundamentais, inicia distinguindo o que são direitos do homem e direitos fundamentais, de modo que os primeiros são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), com caráter inviolável; enquanto, os segundos, são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no tempo e no espaço, vigentes numa ordem jurídica existente (CANOTILHO, 2000, p. 387).

Compete aos direitos fundamentais, a função de direito de defesa dos cidadãos sob dupla perspectiva, neste sentido refere o autor:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa) (CANOTILHO, 2000, 401).

A Constituição brasileira de 1988 aborda de forma inaugural o constitucionalismo de terceira geração, de modo a ampliar o desenvolvimento do constitucionalismo no país. Com isso, ocorre uma expansão do papel do judiciário, que uma vez não acompanhada de um reforço das garantias jurisdicionais e de uma cultura garantista, pode desencadear certa distorção da jurisdição e alteração do Estado de Direito. (FERRAJOLI, 2012, p. 232).

As constituições da América Latina seja a do Brasil, do Uruguai, do Equador, da Bolívia e da República Dominicana passaram por grande avanço com relação às influências norte-americanas e dos códigos europeus. Todavia, na atualidade, a relação se inverte ao passo que essas constituições nascem ou reformam-se após as ditaduras militares, com radicais “nunca mais” à perda das liberdades e da democracia, marcando uma terceira fase do constitucionalismo, a fase das constituições de terceira geração.

Conforme descreve Ferrajoli as “constituições de terceira geração” são constituições longas que preveem sistemas de garantias e de instituições de garantias mais complexos e articulados que os europeus. (FERRAJOLI, 2012, p. 232).

Para o autor, a Constituição Brasileira é a mais avançada, pois inclui temas de grande relevância como: amplitude dos direitos sociais, dentro disso os direitos de última geração,

como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e dos direitos dos trabalhadores; a rigidez de diversos princípios, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e suas garantias; o duplo controle jurisdicional de constitucionalidade: concentrado e difuso; o papel do Ministério Público como órgão de garantia, da Defensoria Pública como forma de jurisdição especial, externa e independente das instituições políticas e dirigida; e, por fim, os vínculos do orçamento da União, Estados e Municípios que destinam cotas mínimas da receita pública para despesas sociais, garantindo os direitos à educação e à saúde (FERRAJOLI, 2012, p. 233).

Resultado dessa expansão constitucional é uma postura de estado constitucional de direito potencializada, tanto nas garantias primárias, com relação à tutela dos direitos constitucionais, como nas garantias secundárias, confiadas à jurisdição e previstas nos casos de violação das garantias primárias.

4 A evolução do Constitucionalismo Latino-Americano, o Neoconstitucionalismo e o Novo Constitucionalismo

Nas últimas três décadas, através dos movimentos de abertura democrática, a estreita conexão entre o processo de democratização, a constitucionalização dos sistemas jurídicos, a previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais e o compromisso no sentido de desenvolver formas idôneas de garantia e de justiça constitucional, demonstram uma nova fase da história constitucional e política na América Latina, que passou a ser caracterizada por sistemas guiados à tutela dos direitos fundamentais.

Essa nova fase desencadeia um “novo constitucionalismo latino-americano” democrático e garantista. Através de inovações introduzidas pelas Constituições andinas, alimenta-se o debate teórico sobre um *novo constitucionalismo latino-americano*, ou *constitucionalismo andino*, ou *constitucionalismo emancipatório*, ou *constitucionalismo do bem-viver* (MELO 2013, 59-60).

Durante os anos 80 e 90, grande parte dos países da América Latina acompanhava as tendências do constitucionalismo democrático contemporâneo através de duas vertentes: a expansão do catálogo de direitos fundamentais consagrados nas constituições e também à incorporação de novas garantias e institutos de controle jurisdicional e administrativo (MELO 2013, 73).

Percebe-se, que a tendência latino-americana consiste em garantir a operacionalidade dos direitos e das garantias que a constituição estabelece, valendo-se de uma eficácia coligada à concepção normativa e realista da Constituição. Desta forma, os direitos são adjetivados de modo a reforçar e qualificar-lhes a efetividade. Assim, através da força normativa da constituição e a precisão de aplicabilidade direta, é impulsionada uma progressiva jurisdicionalização do direito constitucional, com a criação de institutos *ad hoc* e órgãos competentes para assegurar o primado da constituição diante as outras fontes do direito (MELO 2013, 74).

As principais tendências do constitucionalismo latino-americano moderno podem ser identificadas no final dos anos 90, como sendo: (i) o alargamento dos catálogos de direitos fundamentais e a proteção dos direitos humanos; (ii) o aperfeiçoamento da tutela jurisdicional; (iii) o garantismo constitucional, individual, coletivo e difuso; (iv) a introjeção de figuras similares ao *ombudsman* e órgãos institucionais vigilantes dos direitos do cidadão e de controle de responsabilidade do Estado em tema de direitos humanos e fundamentais; (v) a responsabilidade patrimonial do Estado; (vi) a *constituição econômica*, que reserva aos Estado a possibilidade de intervir e decidir as regras do jogo econômico na qualidade de Estado interventor e prestacional, que realiza os objetivos da justiça social e do desenvolvimento socioeconômico; (vii) o pluralismo político, cultural, social e multi-ético; e, (viii) o reforçamento dos direitos e deveres dos cidadãos como agentes corresponsáveis pela defesa da constituição (MELO, 2013, p. 74).

As Constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009) são consideradas por alguns autores como base do “*novo constitucionalismo latino-americano*”. Nessa fase, também considerada como “*constitucionalismo andino*”, os textos constitucionais são elaborados por assembleias constituintes participativas, sendo posteriormente objeto de aprovação popular através de *referendum*. As constituições são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, declaradamente comprometidas com os processos de descolonização. Conjugam a integração internacional e estimulam um novo modelo de integração latino-americana, de conteúdo social, que supera o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatiza a solidariedade neste novo contexto da integração (VIEIRA, 2013, p. 75).

Em que pese os avanços dos textos constitucionais, as Constituições da Bolívia e do Equador, partindo-se do constitucionalismo clássico europeu, avançam nas questões atinentes à proteção ambiental e ao pluralismo cultural e multiétnico, conformando um modelo

garantista que visa à sustentabilidade socioambiental, de modo a buscar o equilíbrio no uso dos recursos econômicos e ambientais e valorizar a diversidade histórico-cultural em favor de um modelo socioeconômico voltado a uma melhor qualidade de vida.

Diante destas novas concepções, é assegurada a intervenção pública na economia, em contradição ao modelo privatista e neoliberal, sugerido pelas organizações econômicas internacionais e pelo capital estrangeiro. Portanto, resta claro dos textos constitucionais a escolha por um novo modelo de ordem econômica e social, que se opõem à história do colonialismo até os dias atuais, que muito excluiu os benefícios da produção econômica, social, cultural e política a grande parte dos cidadãos latino-americanos.

Percebe-se então, o surgimento de um novo modelo de Estado, que em decorrência do garantismo ambiental é chamado “Estado constitucional ambiental” ou de “Estado de *welfare* ambiental”, ainda por alguns autores de “Estado plurinacional”, promovendo a participação do cidadão e da sociedade civil organizada na elaboração e aprovação da constituição, bem como no controle de na gestão da administração. A refundação do Estado se dá sobre novas bases, que atribuem um valor fundamental à biodiversidade e à sociodiversidade, perfilhadas constitucionalmente como bens da comunidade e das coletividades e como prerrogativas para o futuro (MELLO, 2013, p. 77).

Tais evoluções representam desafios tanto para a hermenêutica, a interpretação e aplicação das disposições constitucionais, como para as políticas públicas e para a redefinição das relações sociais no âmbito de um novo paradigma de sustentabilidade socioambiental, que, pela primeira vez na história da América Latina, parte dos princípios da cosmovisão indígena, que concebe os recursos e a própria estrutura social como bens comuns, expressões do *Pachamama*. Em modo precursor, à natureza é reconhecida, como a própria subjetividade jurídica.¹ Tais disposições incidem diretamente sobre o modelo de desenvolvimento econômico e o projeto de país desenhado na Constituição.

Do estudo das Constituições latino-americanas emerge um *ius commune* constitucional, delineando um modelo de democracia constitucional caracterizada pela expansão do elenco e de direitos fundamentais e pela introdução de novas estruturas e mecanismos voltados à sua promoção e tutela. Os novos delineamentos configuram um indubitável progresso no processo de aperfeiçoamento da técnica constitucional, de modo a proteger o indivíduo e a comunidade dos arbítrios do poder e promover sociedades abertas,

¹ Constituição do Equador, artigo 71: A natureza ou Pachamama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

plurais e que miram um desenvolvimento socioambiental igualitário e sustentável (MELO, 2013, p. 77).

Diga-se, que na América Latina, a linguagem dos direitos fundamentais é sempre uma linguagem mais comum. Todavia, a distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente realizados é uma das características comuns a todos os países latino-americanos, assumindo especial relevância a questão da concretização constitucional e da eficácia tanto dos direitos e deveres individuais e coletivos quando das garantias institucionais voltadas a promover e assegurar uma efetiva democratização da vida política, econômica, social e cultural.

Neste ponto, a importação do debate europeu sob o neoconstitucionalismo torna-se problemático sob muitos aspectos, principalmente no que se refere à tutela dos direitos fundamentais, haja vista que as recentes evoluções sul-americanas introduziram novos sujeitos e bens objetos de tutela, bem como instrumentos peculiares direcionadas à sua garantia, resolvendo “constitucionalmente” questões que na Europa ainda se debatem no nível filosófico.

O constitucionalismo, como sistema jurídico, corresponde a um conjunto de “vínculos e limites” impostos a todos os poderes, até mesmo o legislativo, e, como teoria do direito, uma concepção de validade das leis. Afora essas características, o constitucionalismo pode ser percebido de duas maneiras opostas, seja como a superação do positivismo jurídico, ou, como seu complemento (FERRAJOLI, 2012, p. 1).

Com a incorporação nas Constituições de princípios de justiça de caráter ético-político, como igualdade, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, desaparece o principal traço do positivismo jurídico, ou seja, a separação entre direito e moral, que seria um primeiro aspecto das orientações neoconstitucionalistas. Outros traços característicos da concepção neoconstitucionalista são: a configuração das normas constitucionais como princípios suscetíveis de ponderação e balanceamentos, haja vista que estariam sempre em conflito, e, a centralidade conferida à argumentação na própria concepção de direito (FERRAJOLI, 2012, p. 2).

Conforme Sanchis, esse constitucionalismo caracteriza-se por dois elementos: o ataque ao positivismo jurídico e a tese de separação entre direito e moral; e, o ativismo judicial, promovido pela tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas sim princípios, objetos de ponderação e de imediata argumentação jurídica, sem a necessidade de *intepositio legislatoris* (FERRAJOLI, 2012, p. 2). Desta forma, a concepção

neoconstitucionalista prevê que o direito é aquele produzido pelos juízes, consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas.

O neoconstitucionalismo busca um justo realizável através da postura do juiz, que não condiz com a realidade social e política sempre mais complexa dos diferentes países e das intrincadas configurações dos fatores reais de poder, no contexto da globalização. Ofusca também, a percepção de que a generalização congruente das expectativas e a carga de transformações e pretensões de correção, que a constituição de hoje se predispõe a normatizar, requerem um empenho comum, de responsabilidade compartilhada.

Pode-se dizer que a tese sobre o neoconstitucionalismo, partindo de uma visão eurocêntrica, não acolhe as inovações trazidas pelo direito constitucional na América Latina e os importantes desafios que estas representam, não só do ponto de vista teórico, mas principalmente da *praxis* constitucional e das repercussões que tem na vida política, social e cultural. Não permitindo, portanto, vislumbrar o intrínseco potencial contra-hegemônico destas inovações, como alternativa ao crescente domínio econômico e privado no âmbito dos processos de globalização.

Diferentemente a esse modelo, o novo constitucionalismo democrático latino-americano surge, conforme alguns doutrinadores, como mecanismo para a superação de velhos problemas vivenciados por sociedades multiculturais não solucionados pelo constitucionalismo clássico e mantidos sob a égide do neoconstitucionalismo (MELO 2013, p. 82).

Wolkmer defende que o novo constitucionalismo na América Latina encontra-se em seu terceiro ciclo. O primeiro foi marcado pelo ciclo social (*ciclo multicultural*) e descentralizador das Constituições Brasileiras (1988) e Colombiana (1991); o segundo ciclo encaminhou-se para um constitucionalismo participativo e pluralista (*ciclo pluricultural*), em que a representação nuclear desse processo constitucional passa pela Constituição da Venezuela (1999); e, por fim, o terceiro ciclo (*ciclo plurinacional*) passa a ser representado pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), com textos que expressam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, coexistente com experiências de sociedades interculturais (indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/ camponesa) (WOLKMER, 2013, p. 50).

O novo constitucionalismo faz um resgate da relação simbólica travada entre a soberania popular e a prática dos atos políticos-governamentais. O resgate do valor imanente à democracia participativa norteia essa corrente e a releitura da democracia implica na revisão dos tradicionais cânones que orientam a Teoria do Poder Constituinte. Características deste novo constitucionalismo é a preocupação com o meio ambiente equilibrado, o rompimento de uma ordem jurídico-constitucional anterior, a participação dos cidadãos em matérias de políticas públicas de direitos fundamentais e a integração dos povos social e historicamente excluídos (MORAES; MARQUES, 2013, p. 50).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela efetivação dos direitos fundamentais, no ordenamento jurídico pátrio, é uma garantia de efetividade da democracia, consistindo na prática organizada e coletiva dos direitos de liberdade.

Todavia, cabe ao sistema político a promoção destes direitos, através da atuação eficaz do Estado na sua proteção, para que os chamados “direitos da maioria” sejam então assegurados a todos os cidadãos.

O estudo do enquadramento da Constituição Brasileira como de terceira geração torna-se fundamental, na medida em que se percebe uma evolução diante os demais ordenamentos e, através disso, rompe-se a busca incessante por “modelos” restritos e insuficientes.

Diferente da concepção neoconstitucionalista estudada, que dá poder aos juízes para criar normas, o constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário de acordo com os princípios da separação dos poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva da jurisdição.

Em contrapartida a esses dois modelos, o novo constitucionalismo da América Latina amplia direitos, reconhecendo o papel do cidadão. O desafio que se opera está na valorização dos espaços capazes de neutralizar os embates políticos e na assunção por parte dos atores políticos representativos da função maior do poder estatal diante das conquistas democráticas.

6 REFERÊNCIAS

BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

DAGNINO, Evelina. Concepciones de la ciudadanía em Brasil: proyectos políticos em disputa. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

FLEURI, Sônia. Estado sem cidadãos: seguridade social na América Latina. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradutor: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (organizadores). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do advogado.

_____ *Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana*. Florianópolis, 2009. Tradutor: Alexandre Aranalde Salim, doutorando em Direito na *Università degli Studi di Roma Tre* sob a orientação de Luigi Ferrajoli. Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

GOHN, Maria da Glória. Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012

GÓMEZ, José María. Direitos Humanos, desenvolvimento e democracia na América Latina. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012

GUAZZELLI, César Augusto Barcellos. História contemporânea da América Latina. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

MELO, Milena Petters. As recentes evoluções do Constitucionalismo na América Latina: *neoconstitucionalismo?* In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira Moraes; MARQUES JR., Willian Paiva. *A construção do paradigma ecocêntrico no novo constitucionalismo democrático dos países da Unasul*. In: DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira (coord.) *Revista de Direito Brasileira*. Ano 3. vol. 5. Conpedi: 2013.

SALES, Teresa. Raízes da desigualdade social na cultura política brasileira. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

SOUZA, Jessé. A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. In: BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.

VIEIRA, José Ribas. Refundar o Estado: O novo constitucionalismo latino-americano. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

SANCHIS, Pietro. *La teoria del derecho de Principia Iuris*. In: FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo*. Tradutor: André Karam Trindade.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.