

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: ENTRE ESPERANÇA, EXPECTATIVA E REALIDADE.¹**THE 1988 CONSTITUTION IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: BETWEEN HOPE, EXPECTATION AND REALITY.****Diogo Bacha e Silva**²

Resumo: O presente trabalho intenta dialogar com a perspectiva do projeto constitucional iniciado em 1988 com o novo constitucionalismo latino-americano. A questão central é entender se em uma perspectiva ideológica a Constituição de 1988 pode fazer parte das Constituições do novo constitucionalismo latino americano. Embora se ressalte que a Constituição cidadã tenha os caracteres formais daquelas Constituições, a questão é analisar se sob uma vertente material a mesma é também manifestação do novo constitucionalismo latino-americano.

Palavras-chave: Poder Constituinte; Novo Constitucionalismo Latino-Americano; Constitucionalização a venir.

Abstract: The present work tries to dialogue with the perspective of the constitutional project initiated in 1988 with the new Latin American constitutionalism. The central question is to understand whether in an ideological perspective the 1988 Constitution can be part of the Constitutions of the new Latin American constitutionalism. Although it is emphasized that the citizens' constitution has the formal characteristics of those Constitutions, the question is to analyze whether, from a material point of view, it is also a manifestation of the new Latin American constitutionalism.

Keywords: Constituent Power; New Latin American Constitutionalism; Constitutionalisation a venir.

Introdução

No trintenário de promulgação da Constituição de 1988 é tempo de a situarmos sob o ponto de vista jurídico-ideológico. Sua criação deve-se aos problemas específicos vivenciados na sociedade brasileira nos anos 80 do século XX, especificamente a ditadura civil-militar de 64 que não apenas restringiu a participação política dos cidadãos brasileiros, mas também atuou de forma a agredir e a praticar em série violações massivas a direitos humanos. Em

¹ Artigo submetido em 21/08/2018 e aceito para publicação em 11/02/2019.

² Doutorando em Direito pela UFRJ, Mestre em Direito pela FDSM, Professor, membro do OJB-FND. ORCID ID: 0000-0001-9748-0714.

questão, portanto, o projeto de constitucionalização pretendeu combater tais males, como necessidade premente de uma sociedade inteiramente sufocada pela ditadura militar.

Por óbvio, pois, a constitucionalização não termina apenas no ato de promulgação da Constituição, porém permanece aberto e em constante conflito pelas disputas narrativas da histórica constitucional. Cabe-nos então exercer o papel diário de interpretes legítimos da própria Constituição e seu projeto político a venir.

Vale dizer, a Constituição é sempre uma democracia que se conquista com disputas sobre as narrativas que se pretendem oficiais no espaço público-democrático. Não é e nem pode ser um projeto fechado e acabado de regulamentação do papel do Estado e da Sociedade.

Portanto, situar a carta de 1988 é mais do que um mero exercício de atividade dogmática e de lógica-jurídica, é sim um ato que pretende interpretar, compreender o processo democrático em que estamos inseridos. Por óbvio, os problemas sociais e políticos que deram origem à Constituição, embora permitam um exercício de conhecimento histórico, podem indicar os caminhos que a própria Constituição pretende seguir.

A importância não é tanto apenas ler o passado e tentar desvendá-lo, mas ao olhar para o passado já projetarmos o futuro e as expectativas sociais que a Constituição levanta em uma sociedade.

Em comum com os países latino-americanos, a Constituição de 1988 realizou uma abertura política-democrática incluindo a maior parte da população brasileira no projeto constitucional e, ainda, pretendeu combater o grande mal da região latino-americana, a desigualdade social e as mazelas políticas e sociais que daí advém, tal como a exclusão de grande parcela da população que se vê alijada de direitos básicos.

A pretensão do presente trabalho é analisar teoricamente as características definidoras do que se chamou de novo constitucionalismo latino-americano e enxergar se a Constituição de 1988 se aproxima ou não das características deste novo constitucionalismo latino-americano.

A metodologia abordada no presente trabalho é uma revisão bibliográfica da teoria que discute a Teoria da Constituição e a influência do Poder Constituinte na construção do Estado, bem assim dos principais autores que trataram do novo constitucionalismo latino-americano, além da utilização do método analítico-reflexivo sobre os movimentos constitucionais de 1988 e das novas experiências constitucionais latino-americanas. Nossa hipótese é a de que a Constituição em parte comunga das características deste movimento

constitucional, bastando apenas uma vontade política de radicalização democrática e não de uma crença absoluta na institucionalidade dos poderes constituídos.

Devemos salientar que o marco teórico que guiará as discussões e o resultado obtido encontra-se na desconstrução derridiana de que a Constituição é um ato de escrita performático em que aquele que o assinou perde a propriedade de sua própria assinatura, permanecendo sempre um fazer aberto ao futuro.

1. A Teoria da Constituição e a discussão do Poder Constituinte: o legado da discussão de Weimar para os constitucionalismos contemporâneo.

Logo na origem da discussão teórica sobre as constituições escritas, sobretudo na divisão da Teoria do Estado com a Teoria da Constituição com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o cerne da questão democrática envolvia necessariamente a análise da vontade do povo com a vontade dos poderes constituídos. Isto é, o principal canal entre a vontade do povo e a prática política dos poderes constituídos eram os partidos políticos e, por isso, talvez, se explique a centralidade da análise do parlamentarismo, legitimidade e a formação do governo no âmbito da República de Weimar.

A obra pioneira no tratamento da Teoria do Estado de Georg Jellinek busca traçar um método próprio para a ciência social que tem como objeto o Estado em geral e em particular. Sob a influência de Dilthey³, Jellinek crê que as disciplinas científicas têm como objeto de estudo os fenômenos da vida humana em comum, inserindo a Teoria do Estado no campo das ciências sociais e, como tal, acaba tendo como método a descrição e explicação como fenômeno histórico (JELLINEK, 2000, p. 57-59).

No entanto, para o publicista alemão, a política é a ciência prática do Estado, voltada para um critério valorativo dos atos e relações estatais, enquanto que a teoria do Estado conteria apenas um juízo de conhecimento, residindo aí a problemática metodológica do direito público em que nasce a Teoria da Constituição. De um lado, a ciência política é orientada para o futuro a partir dos critérios de dever ser, já a doutrina do Estado é a ciência do ser (JELLINEK, 2000, p. 64).

A Constituição, na visão da teoria do direito público alemão no final do século XIX e início do século XX, seriam os princípios jurídicos que organizam os órgãos supremos do

³ Wilhelm Dilthey pertencente ao historicismo Alemão do final do século XIX procurou redimensionar a problemática da objetividade do conhecimento nas ciências sociais. Através dos mecanismos de explicação (*Eklärung*) e compreensão (*Verstehen*), o filósofo alemão parte da constatação de que tanto ciências naturais quanto ciências do espírito não prescindem tanto da explicação quanto da compreensão (DILTHEY, 2010).

Estado, os modos de sua criação, suas relações mútuas, estabelecendo o círculo da ação do Estado e a situação individual em face do poder do Estado (JELLINEK, 2000, p. 457).

Há uma separação entre política e Direito não só em virtude dos pressupostos metodológicos de sua ciência, mas em razão da proeminência positivista no pensamento científico da Alemanha em finais do século XIX. A Teoria do Estado para Jellinek parte da consideração da positividade do direito, do monopólio estatal na produção do direito e a própria personalidade jurídica do Estado. Assim, não há qualquer preocupação em legitimidade do exercício do Estado, estando ligada a legalidade e a legitimidade.

A teorização sobre a Constituição está dentro de tais pressupostos. A questão a ser analisada é a Constituição como mecanismo de governo e de estabelecimento de um Estado funcional.

Um dos importantes autores da Teoria do Estado na Alemanha do pós-guerra, Herman Heller, pensava a necessidade de justificação do Estado. A procura por uma justificação ética do Estado e do Direito traria uma teoria da legitimação para o Estado (JACOBSON, SCHLINK, 2002, p. 253). A nova democracia de massas impunha novas soluções para problemas encontrados nas comunidades políticas do início do século XX. O principal desses problemas na crise da Constituição de Weimar seria encontrar uma legitimidade na própria Constituição que redefine a passagem do Estado Liberal burguês para o Estado Social de classes.

O papel de Herman Heller, neste aspecto, é importante. Entre a noção sociológica e jurídica de Estado, Herman Heller procura estabelecer a noção de legitimidade moral do Estado. Essa noção de legitimidade do próprio Estado influenciará a discussão da Teoria da Constituição. Todo Estado tem que aspirar a ser poder jurídico, não no sentido técnico-jurídico, mas como autoridade legítima que obriga moralmente à vontade. Somente assim se consegue uma explicação para a existência concreta do Estado. Por isso, o teórico alemão exige que a organização do Estado seja justa: “ laspretensiones realmente extraordinárias del Estado no se justifican por elhecho de que éste asseque cualquierordenación social-territorial, sino, tansólo, em cuanto aspire a uma ordenación justa” (HELLER, 1998, p. 278).

É importante destacar que Herman Heller pretende conciliar a problemática metodológica envolvida na Teoria da Constituição. Para tal, o autor contempla a Constituição como produto da normalidade e da normatividade, produto dinâmico e estático e também da ordem do ser e do dever. Há, portanto, uma distinção entre a Constituição política estatal enquanto conteúdos parciais da Constituição política total, não normada e normada, e mesmo

dentro dessa, a norma extrajurídica e a norma jurídica. A Constituição escrita seria pertencente à Constituição normada (HELLER, 2000, p. 318).

Dessa forma, buscando estabelecer um ponto de equilíbrio entre a questão metodológica do ser e dever-ser, Herman Heller estabelece um critério de validade exterior à Constituição. Por isso, é que constata que a Constituição normada juridicamente não consiste de modo exclusivo nos preceitos jurídicos autorizados pelo Estado, mas precisa de complementação por elementos constitucionais não normados e, ainda que normados, porém não jurídicos (HELLER, 2000, p. 324).

A questão central da Teoria da Constituição na passagem do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social residia em expor um método, ao menos satisfatório, para oferecer respostas à legitimidade da criação de um mecanismo de limites ao Estado já existente (JACOBSON, SCHLINK, 2002, p. 4-5). O debate centrava-se, então, na questão da legitimidade e na estrutura de poder que o Estado assumia.

Não é à toa, pois, que a discussão de Carl Schmitt na sua obra *Verfassungslehre* além de conceituar o fenômeno da Constituição, procura desenhar que a Constituição do Estado Liberal não estabelece nenhum governo, o que, na reflexão schmittiana, é essencial para se alcançar a forma política e, por conseguinte, o exercício da legitimidade da própria Constituição (SCHMITT, 2009, p. 201-205). Há um dualismo metodológico legado por Jellinek na análise da Teoria do Direito Público e uma sociologia do Estado que, no debate da Constituição de Weimar, tanto Kelsen quanto Schmitt pretendem se opor (CATTONI DE OLIVEIRA, 2017, p. 16). Por isso mesmo, Kelsen leciona que a Teoria geral do Estado se confunde com a Teoria geral da Constituição (KELSEN, 2000).

É Kelsen, então, quem propõe a substituição de uma Teoria Geral do Estado por uma Teoria da Constituição ou, em outras palavras, uma Teoria do Estado sem Estado (BERCOVICI, 2004, p. 7). Em Hans Kelsen, a Constituição não aparece apenas como a normatividade de estruturação do Estado, mas vai além, para compreender como o processo de produção das normas jurídicas que têm um pressuposto de validade na norma hipotética fundamental (BERCOVICI, 2004, p. 7).

Hans Kelsen, portanto, pensa não em um Estado que estabelece o direito, mas em um Estado que se concebe como ordenamento jurídico. O Estado é a positividade do direito, entendida como uma ordem de imputação de ações que podem ser adstritas aos órgãos estatais (KELSEN, 2005, p. 275-277). Daí que, como diz Kelsen, o problema da Constituição é um problema de Teoria do Direito e não de sociologia do direito (KELSEN, 2005, p. 369).

Caracteriza-se, na hierarquia normativa, na base da ordem jurídica nacional e implica que dá fundamento de validade às demais normas jurídicas, isto é, constitui na funcionalização do caráter estático da ordem jurídica.

A teoria de Kelsen não só dá uma relevância ao normativismo jurídico e coloca a Constituição como centro do direito, mas redimensiona a análise do direito público alemão e dá contornos para o pensamento constitucional posterior.

A problemática da Teoria da Constituição, ao menos no contexto da chamada crise, reside principalmente no enlace da legitimidade da Constituição de Weimar com a Teoria do Estado, buscando, por isso, entender o fenômeno político-jurídico da dinâmica constitucional interna. Naquele contexto, a legitimidade advém não mesmo na gênese da Constituição de Weimar, mas no próprio funcionamento da Constituição e como ela poderia constituir um Estado central. A questão é entender o fenômeno histórico da existência de um Estado que surge antes da própria Constituição.

Aliás, as palavras do próprio Carl Schmitt bem ilustram os objetivos centrais daquelas discussões, na medida em que assinala que o Poder constituinte fica sempre fora do Estado de Direito:

En particular, el Poder constituyente queda siempre fuera de ese elemento de Estado de Derecho, y el problema del Poder constituyente no puede resolverse ni desde el punto de vista teórico, ni desde el práctico, con los principios y conceptos de una simple situación de Estado de Derecho. [...] hay que recordar que la cuestión del Poder constituyente es ineludible, y que la respuesta a esta cuestión contesta también a la cuestión de la forma política (SCHMITT, 2009a, p. 204-205).

Carl Schmitt se opõe ao pensamento kelseniano na medida em que procura a legitimidade da Constituição na política. Crítico ferrenho da democracia liberal burguesa assentada no que ele mesmo denomina de um Estado Legiferante em que o parlamento apresenta a normatização, mas não detém autoridade para impor suas próprias decisões, Carl Schmitt acredita que a democracia parlamentar na verdade, a legalidade se aparta de uma legitimidade da vontade política (SCHMITT, 2007, p. 5). A legitimidade do Estado que se funda em um positivismo normativista e em uma democracia parlamentar apenas se assenta

sobre a legalidade, o que desconsidera à vontade política geral em uma oposição diametral entre legalidade e legitimidade⁴.

Interessante observar que essa discussão da Constituição de Weimar é que influenciará todas as teorizações posteriores sobre Constituição e a forma como os constitucionalismos⁵ são concebidos. Por constitucionalismos devemos compreender a contingência destes movimentos, as distinções que variam em cada lugar e época, bem como as nuances demarcadoras de cada uma das Constituições que resolvem problemas políticos, jurídicos e sociais específicos.

A separação metodológica entre ser e dever-ser que animou o debate na Constituição de Weimar produziu consequências tanto para pensar a dinâmica interna da Constituição quanto para pensar o processo de produção da Constituição. De um lado, o ser da Constituição enquanto elemento exógeno de produção do sentido jurídico-constitucional, de outro, a Constituição mesma como elemento máximo de produção do sentido interno do Direito.

A doutrina clássica do Poder Constituinte o concebe como algo transcendente e que permanece alheio à esfera jurídica. Está dentro da ordem do ser (*sein*) na medida em que se trata de um poder de fato que não pode ser limitado pelo direito, daí que seu estudo competiria apenas à sociologia e à ciência política, nunca ao Direito Constitucional. Neste sentido, Negri bem explicita:

O poder constituinte é aqui assumido como um fato que precede o ordenamento constitucional, mas que depois se lhe opõe, no sentido de lhe permanecer historicamente externo e de somente poder ser definido pelo poder constituído. Esta é, com efeito, a posição tradicional, mas reformada, pois a contradição é evitada por meio de um deslocamento de planos: enquanto a ordem do poder constituído é aquela do dever-ser (*sollen*), a ordem do poder constituinte é aquela do ser (*sein*) (NEGRI, 2015, p. 4-5).

Mesmo na ideia do poder constituinte como imanência na ordem constitucional, o mesmo é colocado como resultado de uma possível latência na ordem jurídica que poderá ou

⁴ Obviamente, as críticas de Schmitt ao Estado Liberal burguês levam-no ao extremismo do decisionismo político e a doutrina da soberania como estado de exceção (SCHMITT, 2009b). Na verdade, sua busca pela legitimidade leva-o a mesmo desconsiderar a Constituição, isto é, enquanto a própria Constituição no conhecido art. 48 do texto de 1919 permite que ao presidente do *Reich* instaure o estado de exceção como anomia jurídica, sua tentativa exposta na Teoria da Constituição acaba por se concentrar apenas em medida legitimadora do poder ilimitado do Presidente.

⁵ O núcleo central do conceito de constitucionalismo, embora se diga que assumam espécies distintas e variações a depender dos movimentos constitucionais regionais e de cada necessidade, é a limitação do poder (McILWAIN, 1958).

não aparecer diante de determinadas circunstâncias. A questão é que o poder constituinte fica esquecido dentro da máquina constitucional, tolhendo sua capacidade criativa e mesmo funcional (NEGRI, 2015, p. 7).

O legado, portanto, de Weimar é de considerar esquecido o poder constituinte não só como ato revolucionário, mas como possível balizamento da Constituição. Ora, uma vez realizado o ato constituinte, é bem verdade que sua função não pode ser apenas de observação da aplicação da Constituição pelos poderes constituídos. A Constituição deve resgatar a importância do poder constituinte como ato sempre presente pelos próprios sujeitos que assinaram a promulgação da Constituição.

2. O(s) constitucionalismo(s) contemporâneos e o constitucionalismo latino-americano: contornos de um conceito.

Há, com efeito, no seio das discussões teóricas recentes no Direito Constitucional uma série de constitucionalismos, distintos em seu próprio interior. Por isso, pode-se falar que o constitucionalismo assume a configuração de uma palavra pomposa para o estudo das Constituições ou do próprio Direito Constitucional. Utilizado neste sentido, constitucionalismo é uma teoria ou conjunto de afirmações teóricas (WALDRON, 2018, p. 26), que pode ser encarado sob um prisma particular e outro geral. Pelo prisma particular, constitucionalismo significa que os princípios de uma constituição em particular são importantes, enquanto que sob o aspecto geral quer significar que as constituições como tais são importantes (WALDRON, 2018, p. 27). Assim, no primeiro aspecto, constitucionalismo significa algo distinto em contextos jurídicos também distintos.

Para as hipóteses do artigo, entender-se-á constitucionalismo em seu modo particular, ou seja, o ato de traduzir o fato de teorizações sobre a importância de princípios de determinadas Constituições em determinados contextos específicos. Por óbvio, há princípios comuns que são compartilhados por determinados movimentos constitucionais, daí que, embora correndo os riscos da generalização, as características em comum podem ser analisadas desde um denominador jurídico-constitucional.

Pode-se agrupar, ao menos para efeitos didáticos, três propostas de constitucionalismos que ocupam o cenário teórico atual. Um neoconstitucionalismo, o

constitucionalismo popular e o constitucionalismo latino-americano⁶. Todos esses constitucionalismos são análises recentes que buscam interpretar determinados princípios que consideram importante para as Constituições.

O neoconstitucionalismo, tal como pensado por autores ligados a este movimento, pode ser entendido como um modelo teórico-ideológico ou como uma análise da estrutura jurídico-política do sistema constitucional. Seus propagadores entendem que o mesmo se diferencia do constitucionalismo tradicional por se opor ao positivismo e entender a relação entre direito e moral de um modo distinto que fez tanto o positivismo e jusnaturalismo.

As características traçadas por este movimento seriam um processo de desenvolvimento das instituições que: 1) traz a rigidez da constituição; 2) força normativa da Constituição; 3) controle de constitucionalidade das leis; 4) sobreinterpretação das normas constitucionais; 5) aplicação direta das normas constitucionais; 6) interpretação conforme das leis ordinárias; 7) influência da Constituição nas relações políticas (ALTERIO, 2014, p. 233).

A grande questão é que o neoconstitucionalismo traz um modelo elitista de Constituição. A partir dos traços caracterizadores, o neoconstitucionalismo concebe a política-democrática como perigosa e o poder judiciário seria o *locus* de correção ao estabelecer um mecanismo de controle de constitucionalidade no sentido forte. Na verdade, há uma ideia geral de que a política apresenta defeitos que devem ser corrigidas pelo Poder Judiciário utilizando os métodos de argumentação e de lógica formal.

A grande questão é que a aposta, embora imbuída de boas intenções, acaba distanciando a Constituição da população, sendo apenas um documento de uma pequena elite que desconfia das regras majoritárias com a juridificação da democracia e o fechamento da dinâmica constitucional para novos sujeitos (ALTERIO, 2014, p. 246-247). Nessa medida, os problemas são de ordem democráticas e acabam por reduzir a capacidade emancipatória da Constituição, já que há um fechamento da mesma para as legítimas pretensões dos movimentos sociais e do próprio povo (ALTERIO, 2014, p. 253).

O constitucionalismo popular de origem norte-americana pretende solucionar o problema democrático da Constituição. A questão central é o debate acerca do lugar do povo no sistema jurídico-político da Constituição. Autores como Robert Post e Reva Siegel, Barry

⁶ Essa é a proposta de definição que adota Ana Alterio (2014) que nos inspira. Uma observação, no entanto, é importante: em real verdade, o neoconstitucionalismo é uma proposta de tantas versões distintas que é difícil encontrar um denominador comum, sendo muito mais uma proposta de teoria do Direito do que de Teoria da Constituição. De igual modo, o constitucionalismo popular é uma tendência teórica a encontrar soluções para problemas pragmáticos trazidos pela adoção do *judicial review*.

Friedman e Larry Kramer pretendem pensar em um novo modelo de decisão constitucional na qual a legitimidade decorrente de tais decisões seja sempre reenviada ao povo.

Há uma efetiva exortação na participação popular de tal forma que mesmo nas decisões jurisdicionais a legitimidade advenha da própria pressão popular e da consciência de que, em última instância, é o próprio povo quem deverá escolher entre seguir ou rejeitar a decisão.

Nessa linha, por exemplo, o pensamento de Larry Kramer para quem o que deve acontecer no constitucionalismo popular é uma mudança na autopercepção dos juízes das Cortes Constitucionais que levaria, inevitavelmente, a uma mudança também na atitude e decisões judiciais. A autoridade das decisões judiciais depende, de certa maneira, da reação dos outros poderes e, principalmente, do povo. A pressão popular pode fazer com que a Corte Constitucional se sinta responsável diante do povo, sabendo que ali fora há cidadãos reais e não em abstrato (KRAMER, 2011, p. 307-308). Assim também o pensamento de Robert Post e Reva Siegel no sentido de que a interpretação das normas constitucionais deve ser uma forma de realizar o complexo processo de autodeterminação do povo, no exato sentido de que as reações às decisões da Corte Constitucional podem servir para um engajamento energético do povo no processo político de condução da sociedade (POST, SIEGEL, 2004).

Há mecanismos procedimentais de participação democrática e de realização do processo político com a predominância da vontade popular. Tais mecanismos, de um lado, evitam a possibilidade de fechamento da democracia por parte do Poder Judiciário, de outro, permite que o próprio povo atue de forma assumir o protagonismo na condução do processo político da sociedade. Um exemplo é o *backlash* como uma intensa e fundamentada desaprovação de uma decisão judicial acompanhada de uma resistência à determinação judicial para superá-la através dos meios legais⁷. Por exemplo, o *backlash* ocorreu em uma das mais conflituosas decisões da Suprema Corte, caso *Roe vs. Wade* e as consequências políticas posteriores (SIEGEL, 2013).

O constitucionalismo popular levanta uma suspeita na legitimidade das decisões tomadas pelas minorias econômicas, jurídicas ou sociais. De fato, o argumento central do constitucionalismo popular é de que não há evidência empírica nenhuma que faça com que

⁷ “Let us define public backlash in the context of constitutional law, in the following way: intense and sustained public disapproval of a judicial ruling, accompanied by aggressive steps to resist that ruling and to remove its legal force. In case of backlash, many minds have rejected the Court’s decision, and they have done so with conviction” (SUNSTEIN, 2009, p. 125).

seja verdadeiro que as decisões tomadas pelos tribunais em questões de princípios sejam melhores do que as tomadas pelo povo (ALTERIO, 2014, p. 264).

Uma das possíveis críticas que se pode fazer ao constitucionalismo popular é aquela que cobra uma importância fundamental do povo no momento da ruptura da ordem constitucional anterior e a feitura de uma nova ordem constitucional, além de manter a mesma estrutura institucional do Estado que relega a participação da minoria cultural, étnica, racial e sexual.

Embora imbuído de boas intenções e uma crítica certa ao neoconstitucionalismo, o constitucionalismo popular não consegue resolver o problema da inclusão de minorias políticas como protagonistas na realização do ato performativo no momento constituinte.

O constitucionalismo latino-americano, a partir das experiências constitucionais autoritárias e elitistas da região, pretende não só permitir que o “povo” enquanto conceito abstrato e genérico participe efetivamente das decisões políticas substanciais, mas sim que a inclusão se efetive de uma maneira a considerar que as minorias consigam ser coautores na condução do processo político da sociedade. Para tanto, a Constituição deve, ao mesmo tempo, estar apta para reconhecer o direito à autodeterminação dos diferentes e estar aberta à inclusão de novos sujeitos como constituintes.

A questão problemática da teoria constitucional até o momento e que, em parte, é um forte legado da discussão teórica do direito público alemão na Constituição de Weimar, é o bloqueio da translação da vontade popular no momento revolucionário da constituinte para a normatividade da Constituição pelas instituições e os poderes constituídos.

O constitucionalismo latino-americano surge com a experiência dos processos constituintes da Venezuela de 1999, Equador em 2008 e Bolívia em 2009⁸ e é uma corrente constitucional que depende ainda de uma definição conceitual mais precisa (ALTERIO, 2014, p. 276). Tais processos constituintes não tiveram uma inspiração no pensamento jurídico e político, mas advieram de uma revolução factual (DALMAU, 2008, p. 7). Surge através de movimentos civis com pretensões políticas e com uma alta carga de conflitos sociais. Por isso, a ativação do poder constituinte guarda uma relação revolucionária (DALMAU, 2008, p. 5).

As grandes mudanças constitucionais são tributárias das necessidades das sociedades com suas circunstâncias culturais e com o grau de percepção que essas sociedades possuem

⁸ É digno de nota que há controvérsia em torno da origem do constitucionalismo. Enquanto alguns teóricos como salientado acima apontam a Constituição da Venezuela de 1999 como marco inicial, outros vão ainda mais longe colocando como marco inicial a Constituição Colombiana de 1991 (DALMAU, 2008).

sobre as possibilidades de modificação das suas condições de vida. As sociedades latino-americanas sentiram essa necessidade através de processos sociais de reivindicação e protestos que tiveram lugar no último quartel da década que se pode traduzir em uma nova independência. Nova independência que não implica independência para elites dessas sociedades, mas independência para o povo (DALMAU, 2008, p. 8).

Há uma recuperação da teoria do poder constituinte na medida em que traça uma interrelação entre as questões de legitimidade e de legalidade na relação mútua entre o criador (poder constituinte revolucionário) e criatura (Constituição). A principal característica formal do Constitucionalismo latino-americano é a retirada do poder de reforma constitucional das mãos dos poderes constituídos (DALMAU, PASTOR, 2010, p. 13). Os autores Ruben Martinez Dalmau e Roberto Viciano Pastor indicam quatro características essenciais: originalidade, amplitude, complexidade e rigidez.

No campo da originalidade, o constitucionalismo latino-americano tem uma nova institucionalidade e determinadas características para o fim de promover a integração social, criar um maior bem-estar e estabelecer mecanismos de participação que legitimem o exercício do poder constituído. Por exemplo, o caso do referendo aprovador da Colômbia até a criação do Conselho de Participação e Controle Social do Equador, passando pela superação da tripartição de poderes no caso venezuelano até a incorporação do conceito de plurinacionalidade da Bolívia (DALMAU, PASTOR, 2010, p. 14-15).

A amplitude da Constituição está relacionada à necessidade de oferecer respostas às diversas demandas sociais apresentadas pela vontade popular no momento constituinte. Por isso, pode-se dizer que há uma estreita relação entre a amplitude com a extensão. Além do mais, as Constituições do constitucionalismo latino-americano são carregadas de princípios como forma de conexão com a vontade constituinte (DALMAU, PASTOR, 2010, p. 16).

Na extensão, os poderes constituídos devem respeitar a vontade da constituinte em todos os seus meandros, daí que são cartas extensas e carregadas de regulamentação sobre diversos aspectos. A complexidade ao contrário é a complexidade institucional como parte da busca da superação dos problemas concretos vividos por esses povos. Como exemplo, cita-se o mecanismo de acordo de políticas macroeconômicas e a eleição dos juizes na Bolívia (DALMAU, PASTOR, 2010, p. 17).

Dois importantes princípios fundamentais que, mais do que uma dimensão formal, expressam uma característica essencial do constitucionalismo latino-americano. O primeiro é uma opção crítica à colonialidade de poder que, como ressaltado por Alejandro Medici, traz

uma nova perspectiva constitucional com a refundação do Estado sob matrizes diversas do constitucionalismo antigo.

O núcleo central da ética constitucional pode ser compreendida desde a opção decolonial entendida como a perspectiva crítica que pretende chamar a atenção sobre as continuidades históricas entre tempos coloniais e pós-coloniais; mostrar que as relações coloniais de poder vão além do domínio econômico-político e jurídico-administrativo e que se aprofundam também numa dimensão epistêmica, cultural cuja assinatura é o traço de superioridade cognoscitiva das regiões centrais do sistema/mundo. Como consequências os conhecimentos subalternos continuam silenciados, excluídos ou omitidos. A ideia de decolonialidade se dirige para fazer reaparecer as complexas relações raciais, étnicas, epistêmicas, de gênero que a descolonização do primeiro momento deixou intacta (MEDICI, 2013, p. 21-22).

Assim, pois, há uma reconexão entre o poder constituinte e poder constituído que faz com que se articule no seio da própria Constituição a mobilização popular para a emergência de novos saberes e sujeitos que foram oprimidos e silenciados na construção de um Estado Liberal monocultural e periférico ao sistema mundial:

Las clases y grupos sociales antagónicos a la dominación poscolonial y sus elites beneficiarias, se identifican no solo por su pertenencia a clases sociales explotadas, oprimidas o excluidas, sino también sobre la base de su pertenencia étnica y cultural, ya que este proceso de identificación ha sido un componente fundamental de las resistencias de las clases subalternas contra la colonialidad del poder y el colonialismo interno. De ahí que bajo la fachada del Estado moderno liberal en Bolivia y Ecuador se viviera la colonialidad del poder articulando las desigualdades de clase y de raza, generando una dominación inestable que debía recurrir periódicamente, frente a las resistencias sociales, a la violencia de gobiernos militares para regimentar a las clases populares secularmente excluidas de hecho de los derechos y la ciudadanía, pese a su igualdad jurídico-formal en el diseño constitucional. Un Estado monocultural y monoorganizativo articulado de forma periférica al sistema mundial, que se construyó sobre la base de la negación del pluralismo social y cultural de las formaciones andinas boliviana y ecuatoriana y que sufrió un déficit crónico de legitimación social debido a su incongruencia con la constitución primigenia de su base social. En ese sentido, el proceso de movilización popular coronado con el cambio del signo político de los actuales gobiernos y los procesos constituyentes ha permitido cambiar la relación de fuerzas –“constitución real”– y buscar la readecuación de las nuevas constituciones jurídico-formales a la

constitución primigenia de las formaciones sociales andinas boliviana y ecuatoriana, a través de un intento de refundación de sus respectivos Estados como plurinacionales e interculturales (MEDICI, 2013, p. 22-23).

Este aspecto da decolonialidade e da refundação do Estado é a característica que os teóricos do constitucionalismo latino-americano reconheceram como o sentido político das Constituições enquanto projeto inclusivo das minorias, isto é, uma carta que sirva para combater as desigualdades perpetradas aos grupos político-sociais da região latino-americana (UGARTE, 2013, p. 366).

Estes traços centrais do constitucionalismo latino-americano o fazem ser um movimento dinâmico e específico do constitucionalismo. A indagação, portanto, é se todos os países da região devem fazer parte deste movimento específico ou, ainda, se a resposta dada pelas constituições citadas também seriam respostas adequadas para os problemas políticos e sociais dos países latino-americanos.

3. Fazer parte da América Latina? Os (des)encontros da Constituição de 1988 com o constitucionalismo latino-americano.

A Constituição de 1988 foi promulgada em um momento peculiar na sociedade brasileira. O problema social e político específico a ser enfrentado pela Constituição de 1988 e que, embora com algum avanço não obteve resposta definitiva, era a necessidade de redemocratização com a abertura política, a transição política e a superação de um Estado que estava à margem do direito com violações massivas a direitos individuais e o cometimento de crimes contra a humanidade.

A Assembleia Nacional Constituinte foi ativada por meio da Emenda Constitucional n. 26/85, o que foi de início alvo de críticas em razão de, por meio lógico, o Poder Constituinte originário ter sido convocado pelo Poder Constituinte derivado. José Afonso da Silva (2002, p. 107) entendeu que não se trata de um ato revolucionário típico, mas a manifestação de um ato político de rompimento com a Constituição anterior.

Embora muitas críticas se possam fazer à forma dada para a abertura democrática e o próprio estabelecimento da Assembleia Nacional Constituinte⁹, a grande virtude foi representada pela intensa participação popular na elaboração da Constituição. O trabalho concomitante da Assembleia Constituinte em conjunto com as atividades parlamentares rotineiras no Congresso Nacional não prejudicaram o desenrolar das discussões temáticas. A Resolução n. 2 organizou o funcionamento da Assembleia Constituinte em torno de comissões e subcomissões parlamentares.

Durante o período de trabalho da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, em que pese as dificuldades colocadas pela dinâmica do jogo de poder tal como a localização geográfica da praça dos três poderes, a própria necessidade de identidade dos movimentos sociais que começavam a surgir em torno dos temas abordados pelas discussões dos constituintes, houve uma efetiva interação entre os movimentos sociais e o trabalho parlamentar da Assembleia Constituinte, possibilitando uma real influência nos interesses reivindicados pelos movimentos sociais e no trabalho parlamentar.

Logo quando da instalação da Assembleia Constituinte, milhares de pessoas se agruparam ao longo do Planalto para reivindicar suas demandas políticas e sociais. Essa fase inicial de aberto conflito entre as demandas populares e o exercício formal do poder criou um ambiente de inclusão de camadas populares que sempre foram excluídas das decisões políticas. Ora, “intensa mobilização, envolvendo diferentes setores sociais, pressionou pela criação de instrumentos jurídicos formais que garantissem o direito à participação direta do conjunto da sociedade nas decisões da Assembleia Constituinte” (VERSIANI, 2010, p. 244).

Nos trabalhos de redação das subcomissões ficou estabelecido no art. 14 do Regimento Interno na qual as subcomissões realizariam audiências públicas para ouvir as entidades representativas da sociedade civil na temática em discussão. Além do mais, o Regimento Interno permitiu que houvesse a participação popular através da propositura de emenda popular desde que contasse com a assinatura de 30 (trinta) mil eleitores com a subscrição de 3 entidades associativas (art. 24 do Regimento Interno).

Deste modo, os mecanismos institucionais acima mencionados possibilitaram que os movimentos sociais os utilizassem como principal instrumento de pressão, coação e legitimação das demandas populares (BRANDÃO, 2011, p. 88). Essa situação de interação

⁹ A participação dos chamados Senadores biônicos, ou seja, parlamentares que foram eleitos indiretamente ainda durante o regime de exceção, foi um problema de legitimidade a ser enfrentado pela Constituinte de 1987-88 (PILATTI, 2008).

entre os movimentos sociais e os parlamentares permitiu que houvesse a aceitação como legítimas as demandas populares, seja através do aproveitamento das emendas populares, seja por meio das atividades informais.

Basta ver, por exemplo, a grande influência que os ativistas tiveram na aprovação de direitos sociais inovadores na Constituição de 1988. As emendas populares que tiveram um grande impacto disseram respeito, principalmente, ao sistema público de saúde, educação, meio ambiente, direitos das mulheres, direitos dos trabalhadores e relativas à participação popular direta (BRANDÃO, 2011, p. 161).

De certo, sob o prisma puramente cronológico, a Constituição de 1988 não poderia ser enquadrada como um documento representativo do constitucionalismo latino-americano. No momento mesmo da promulgação da Constituição de 1988 os problemas político-sociais a serem enfrentados não eram propriamente os nefastos efeitos das políticas econômicas neoliberais que ainda buscavam se consolidar no continente, nem mesmo o problema da inclusão das minorias e passavam ao largo do debate da refundação do Estado monocultural.

Por isso, as abordagens teóricas mencionadas no item anterior passam ao largo da Constituição brasileira de 1988, mencionando apenas a Constituição da Colômbia de 1991 que, promulgada pouco tempo depois, continha algumas características que ficaram marcadas como próprias do constitucionalismo latino-americano, tal qual a participação popular para a aprovação de reforma à Constituição.

Entretanto, embora com algumas nuances, a Constituição de 1988, em determinada medida, carrega algumas características que bem podem representar uma inserção no constitucionalismo latino-americano. Não se trata apenas de localização geográfica e algumas situações sociais, culturais e políticas em comum com os países da região, mas da própria normatividade inerente ao projeto constitucional.

O primeiro traço importante é a questão da legitimidade e o constante exercício do poder constituinte não como mero ato revolucionário, mas como exercício constante da soberania popular. Nessa dimensão material do constitucionalismo latino-americano, ainda que a convocação do Poder Constituinte tenha se dado por um ato tipicamente revolucionário e o texto final da Constituição não tenha se submetido a um referendo aprobatório tal como a Constituição da Venezuela de 1999, a inter-relação entre os movimentos sociais e a atividade parlamentar da Assembleia Nacional Constituinte permite que se vislumbre o texto como resultado da intensa mobilização social e reflita as legítimas expectativas sociais, políticas e jurídicas oriundas da vontade popular.

De certa forma, a pouca utilização dos instrumentos de democracia direta previstos no texto constitucional, especificamente no art. 14, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, permitiria que se pudesse suspeitar da utilização da Constituição de 1988 como espécie das cartas constitucionais representativas do movimento do constitucionalismo latino-americano.

Entretanto, não se pode esquecer que o exercício do Poder Constituinte não se esgota na assinatura mesma de sua obra, mantém-se aberto para em um golpe de força dar a si mesmo o direito de participar de sua própria obra (DERRIDA, 1986). Não é à toa que a própria Constituição se mantém como um projeto aberto e cujos traços estão sempre diferidos pela vontade do Constituinte que, todavia, pretende estabelecer uma democracia histórica sempre sujeita ao aprendizado histórico-social (CATTONI DE OLIVEIRA, 2013, p. 72-73).

Assim, como ato performativo de construção de uma sociedade democrática, a tessitura da Constituição permite sempre que seu realizar seja a venir pelo Constituinte que se mantém ligado originalmente ao ato de assinatura. Basta, portanto, que os instrumentos de democracia direta sejam utilizados de maneira constante e com caráter vinculativo que a Constituição de 1988 pode superar a suspeição que se abate sobre seu projeto constitucional como integrante do constitucionalismo latino-americano.

Essa é também a ideia que permeará a possibilidade de realizar uma inclusão efetiva das minorias culturais, étnicas, religiosas, sexuais, etc. A decolonialidade como característica marcante do constitucionalismo latino-americano impele à reorganização do Estado como intercultural e plurinacional, permitindo a autodeterminação das minorias, o reconhecimento de suas identidades coletivas, assim como a efetiva participação das mesmas no projeto político-constitucional com a noção de liberdade e igualdade.

O processo político de realização da Constituição não pode se revestir de um imperativo ético-moral de um particularismo culturalista, com um consenso ético de base comum, sob pena de transformar um projeto aberto e inclusivo em uma ditadura de uma maioria. Por isso, a Constituição deve se ater a formação de compromissos políticos mínimos acerca da própria necessidade de construção democrática do projeto de vida em uma sociedade plural e complexa. Assim, a dinâmica aberta impele que as inclusões e exclusões sejam vistas de formas complexas e necessárias para o por vir constitucional. É exatamente essa abertura do sujeito constitucional com a finalidade de utilização instrumental da Constituição como emancipação que “se verifica uma constante tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e a exclusão e que, ao dar visibilidade à exclusão, permite a

organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e da liberdade de todos” (CARVALHO NETO, SCOTTI, 2011, p. 43).

De outro modo, o papel fundamental da Constituição no constitucionalismo de matriz decolonial é marcar a união entre os princípios aparentemente contraditórios dos direitos humanos e da democracia. Enxergar a Constituição como projeto aberto é condição tão necessária como co-original à compreensão de que a democracia é sempre um “devir”. Se Constituição e Democracia estão em permanente tensão, é no processo constitucional diluído no tempo que ambas se desenvolvem (HABERMAS, 2001).

Dessa forma, a Constituição de 1988, embora cronologicamente não pertença aos movimentos do constitucionalismo latino-americano, não significa que a vontade política não possa adequá-la aos imperativos de realização democrática de tal movimento.

Considerações finais

Mais do que apresentar as características formais das Constituições do novo constitucionalismo latino-americano, o caminhar teórico pretendeu demonstrar a materialidade normativa que anima as Constituições da Venezuela, do Equador e da Bolívia no amanhecer do século XXI.

A normatividade material das Constituições do novo constitucionalismo latino-americano pretendem realizar uma radicalização democrática de tal forma a que os instrumentos de participação democrática direta sejam utilizados como práticas de interpretação e construção do projeto constitucional. Além do mais, pretendem refundar um Estado que seja plurinacional e multicultural com a efetiva inclusão de minorias que sempre foram esquecidas e oprimidas na Constituição do Estado monocultural.

Em termos de Teoria da Constituição, a teorização do novo constitucionalismo latino-americano permitiu resolver o problema de legitimidade e a separação entre Poder Constituinte e seu conteúdo da Constituição. De outro modo, conseguiu vislumbrar como se realiza a influência da mobilização popular na relação entre os movimentos sociais e os poderes constituídos.

Como mencionamos no conteúdo do trabalho, a Constituição de 1988 não está longe de tal caminho, falta apenas que autores se debrucem mais nas influências dos movimentos sociais do que dos partidos políticos, acreditem mais na participação popular direta do que em decisões jurisdicionais e que deem ao povo o protagonismo de conduzir a própria histórica democrática.

Assim realizado, acredita-se que a Carta Magna de 1988 pode se inserir integralmente no novo constitucionalismo latino-americano, prescindindo da promulgação de uma nova Constituição, bastando refazer a trajetória do nosso projeto constitucional.

Ademais, não podemos nos esquecer que o processo democrático é aberto ao futuro e sujeito a tropeços e avanços, mas nem por isso mesmo um processo de uma história linear em que o continuísmo deve ser enxergado como o movimento natural. As rupturas exigem mais do que denúncias teóricas, mas o efetivo controle do povo sobre a sua própria história, tal qual nos ensinam os movimentos constitucionais da Bolívia de 2009 e do Equador de 2008.

Referências

ALTERIO, Ana Micaela. Corrientes del Constitucionalismo contemporâneo a debate. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, Núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**, n. 61, 2004, p. 5-24.

BRANDÃO, Lucas Coelho. **Os movimentos sociais e a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988: entre a política institucional e a participação popular**. 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a positividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Passagem do direito: coisa devida, dever-ser e devir, direito por vir In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) **As formas do direito: ordem, razão e decisão**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 69-75.

DALMAU, Ruben Martínez. Asembleasconstituintes e novo constitucionalismo en América Latina. **Tempo exterior**, n. 17, jul./dec., 2008, p. 5-15.

DALMAU, Ruben Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **Se puede hablar de un nuevo Constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Disponível em: <https://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>, acesso em 20 de Agosto de 2018.

DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence. **New Political Science Review**. 1986, p. 7- 15.

DILTHEY, Willhelm.A **Construção do Mundo Histórico nas Ciências Humanas**. São Paulo: Unesp, 2010.

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: a paradoxical union of contradictory principles? **PoliticalTheory**, v. 29, n. 6, p. 766-781, dec. 2001.

HELLER, Herman. **Teoría del Estado**. Trad. Luís Tobbio. 2ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4ª ed. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Trad. Paola Bergallo. Madri: Marcial Pons, 2011.

McILWAIN, Charles Howard. **Constitutionalism: ancient and modern**. New York: Cornell University Press, 1958.

MEDICI, Alejandro. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. **Revista El OtroDerecho**, n.48, Dez 2013. pg. 19-62.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

POST, Robert, SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. **California Law Review**, 2004, 92, p. 1027- 1043.

SCHLINK, Bernhard, JACOBSON, Arthur. **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Los Angeles: CaliforniaUniversity Press, 2000.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Trad. Títo Lívía Cruz Romão. Belo Horizonte: Dey Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madri: Alianza, 2009a.

SIEGEL, Reva. Backlash to the Future? From Roe to Perry. **UCLA Law Review Discourse**. 240 (2013). Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6005&context=fss_papers, acesso em 18 de Agosto de 2018.

SILVA, José Afonso da Silva. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNSTEIN, Cass. **A constitution of many minds**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

UGARTE, Pedro Salazar. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: una perspectiva crítica. In: VALADÉS, Diego; PÉREZ, Luis Raúl Gonzales (coord.) **El Constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. México: Unam, 2013.

VERSIANI, Maria Helena. Uma República na Constituinte (1985-1988), **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 30, nº 60, p. 233-252 – 2010.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2018.