

**RESENHA DO LIVRO “EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
EL ESTADO Y EL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008”, DE RAMIRO
ÁVILA SANTAMARÍA**

João Paulo Gavina Krayeski¹

1. Introdução

No livro “El neoconstitucionalismo transformador”, Ramiro Ávila Santamaría traça um panorama da evolução do Direito, do Estado e do constitucionalismo – doutrina que defende a necessidade de uma Constituição para reger a vida de um país – no mundo, a partir do qual analisa o caso específico da Constituição equatoriana de 2008. O autor, protetor do ideário anti-liberal e intervencionista, acredita que o Estado deva ser grande e forte, a fim de possuir capacidade de promover os muitíssimos direitos previstos na referida Carta Política. Também defende a necessidade de uma abordagem sobre o tema que, embora não rejeite as contribuições do pensamento crítico europeu, tampouco deixe de levar em consideração as particularidades latino-americanas. A intenção desta resenha é analisar alguns pontos considerados essenciais à compreensão do livro supracitado, adicionando-se algumas observações a fim de facilitar a contextualização e promover a problematização das temáticas abordadas.

2. O Estado e o Direito

2.1. A origem do Estado

Não foram poucos os pensadores que tentaram compreender a formação dos Estados. Um dos principais autores do chamado contratualismo, conjunto de ficções sobre o que levaria os homens a se unirem, é Hobbes.

Thomas Hobbes, autor de o “Leviatã”, tem como axioma a ideia de que os homens são insociáveis por natureza. Defendia que anteriormente à formação dos Estados, esses

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

viviam num âmbito de guerra de todos contra todos, onde predominava a lei do mais forte. Visando limitar os desejos exacerbados ou beligerantes e instaurar a paz social, os homens teriam estabelecido entre si um contrato social.

2.2. A crise do modelo liberal

No entanto, a pobreza generalizada derivada do sistema capitalista, no qual a produção é coletiva mas sua apropriação é privada, o que faz com que haja uma minoria rica – os detentores dos meios de produção – e uma maioria que subsiste em condições miseráveis, coloca em xeque tanto a figura do Estado, conjunto de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada e que no modelo liberal está a serviço da classe dominante, quanto o Direito, ordem normativa coativa, ou seja, ordem que incide sobre as relações humanas, regulamentando-as, amparada pelo aparelho coercitivo do Estado para garantir sua aplicação.

Em nossa era global, dominada pela economia de mercado, que preconiza a maximização do lucro a qualquer custo, mesmo que este seja a violação dos direitos humanos, que são aqueles direitos conquistados através das lutas históricas de movimentos sociais e que simbolizam parâmetros aquém dos quais o próprio contrato social perde sua legitimidade, os indivíduos são levados de volta à condição de desconfiança generalizada hobbesiana.

É neste contexto que se situam as crises do Estado e do Direito. O Estado, pressionado por entidades econômicas internacionais, a serviço da potência hegemônica (Estados Unidos), submete-se a seus planos flexibilizadores das relações trabalhistas e enfraquecedores das garantias penais e processuais, tendo sua soberania para produzir leis maculada, e o Direito, incapaz de conter as violações aos direitos humanos, entra em descrédito perante a população.

2.3. A crise na América Latina

No caso da América Latina, além da crise de credibilidade e legitimidade já citadas, tem-se ainda o problema das heranças negativas decorrentes do processo colonial. Quando os europeus nela chegaram, os povos tradicionais que a habitavam já possuíam suas próprias formas de organização social, cultural e econômica. O colonizador europeu, em sua missão “civilizatória”, impôs a estes povos suas instituições, como o Estado-nação, o capitalismo, o

patriarcalismo, o individualismo e também o racionalismo, considerado superior às outras formas de conhecimento do mundo, como a espiritualidade, por exemplo.

Em relação ao contexto latino-americano, então, são necessárias considerações especiais acerca de suas particularidades, como a importância do reconhecimento das comunidades tradicionais na vida política e o incentivo a um relacionamento intercultural, a fim de que sejam criados anticorpos protetores da diversidade.

3. O neoconstitucionalismo

3.1. O neoconstitucionalismo europeu

O neoconstitucionalismo é um movimento que, como o próprio nome sugere, visa reestruturar as bases do Direito Constitucional. Surge na Europa após a Segunda Guerra Mundial, quando ficou claro que o antigo constitucionalismo, centrado no culto ao legislador e no fetiche à lei, era incapaz de conter o avanço de regimes totalitários, propagadores de teratológicas violações aos direitos humanos. Propulsionado pelo desenvolvimento dos estados de bem-estar social e pela criação de constituições de caráter social-democrata, marcadas pela positivação de princípios jurídicos e pela previsão de inúmeros direitos fundamentais, o movimento neoconstitucional intenta romper com o autoritarismo e selar um compromisso com a paz, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos.

Dentre as propostas e inovações deste modelo, podemos encontrar: a previsão de direitos fundamentais a fim de reprimir a violação de direitos; a rigidez da Constituição, qual seja, a necessidade de um procedimento trabalhoso para modificá-la, em oposição à arbitrariedade dos membros do parlamento; a consideração da Carta Política como norma diretamente aplicável, sem necessidade de lei que a regule; a existência de juízes da Constituição em oposição à falta de uma autoridade que sancione a inobservância das normas constitucionais.

Na parte dogmática da Constituição estão expostos os já mencionados direitos, de suma importância e que constituem um fim para o Estado. A parte orgânica, por sua vez, trata de seu aspecto funcional, estrutural. Considerando que todos estão sujeitos à lei maior, foram criados mecanismos para garantir sua aplicação. Um deles é a elaboração de um processo mais dificultoso para a sua modificação do que o necessário às leis comuns. O outro é o

chamado controle de constitucionalidade, que visa reprimir infrações às normas constitucionais. Este pode ser exercido pelas cortes ou tribunais constitucionais ou por juízes.

Assim, tem-se uma mudança paradigmática em relação ao positivismo jurídico, que pregava a coerência e completude do ordenamento, a suposta separação entre direito e moral e o apego às normas postas. O neoconstitucionalismo, por outro lado, traz uma preocupação pragmática, ou seja, a ideia de que o Direito deve estar atento à prática social e jurídica, em oposição a palavras e fórmulas, não podendo, portanto, assumir qualquer conteúdo.

3.2. O neoconstitucionalismo latino-americano

Conforme já foi dito, não podemos nos alijar das particularidades latino-americanas. Os fenômenos históricos que provocaram as reformas constitucionais na região foram os regimes militares das décadas de 60, 70 e 80, quando ocorreram atrocidades comparáveis às da Segunda Guerra Mundial. Dentre as variações que merecem destaque estão a expansão de direitos, o controle de constitucionalidade misto, o redimensionamento estatal, o constitucionalismo econômico encaminhado à equidade e o hiperpresidencialismo.

No que diz respeito à expansão de direitos, as Constituições da América Latina, contra a corrente europeia, reconhecem direitos econômicos, socioculturais e dos povos tradicionais. Tal ampliação visa responder aos profundos problemas sociais existentes na região e também às lutas e reivindicações de organizações e movimentos da sociedade.

O controle de constitucionalidade misto, por sua vez, é aquele que permite tanto o controle concentrado, realizado pelas cortes constitucionais, de tradição europeia, quanto o controle difuso, realizado por qualquer juiz, de tradição norte-americana.

O redimensionamento do Estado visa a superação do modelo liberal, que preconiza o Estado mínimo, existente apenas para garantir o cumprimento dos contratos e o direito à propriedade privada. Tal modelo elitista é incompatível com a necessidade por mudanças efetivas e não apenas verborrágicas. É necessário, pois, um Estado grande, completo e especializado, capaz de garantir os direitos previstos na carta maior.

O constitucionalismo econômico, por sua vez, determina que o Estado atue em prol do bem comum e não em benefício de pequenos grupos de empresários.

O hiperpresidencialismo, por fim, reflete o grande poderio exercido pelo chefe do poder executivo, que se manifesta na produção legislativa, no veto, nas atribuições constitucionais, na representação internacional, no manejo da força policial, etc.

3.3. O neoconstitucionalismo andino ou transformador

O chamado neoconstitucionalismo andino ou transformador, dentro do qual se insere a Constituição equatoriana de 2008, engloba não somente as conquistas do movimento neoconstitucionalista e as particularidades do modelo latino-americano, como também dispositivos progressistas inéditos que visam a responder à realidade andina, como as noções de pluriculturalidade, interculturalidade, *pachamama* – palavra formada por *pacha*, que em quéchua significa universo e *mama*, que quer dizer mãe, considerada uma divindade que, em seu aspecto simbólico, está relacionada à terra, fertilidade, mãe, o feminino, o que produz – e *sumak kawsay*, o bem-viver.

4. A Constituição de Montecristi

4.1. Definições

A fim de melhor compreendermos a Constituição equatoriana de 2008, trazemos agora alguns elementos por ela preconizados:

- a) Estado constitucional: a soberania pertence às pessoas e povos; o Parlamento é limitado pela Assembleia Constituinte e pela Constituição, sendo o judiciário constitucional o órgão competente para julgar;
- b) Estado de direitos: direitos submetem o Estado; pessoas e povos são o poder referente; pluralismo jurídico reconhecido constitucionalmente;
- c) Estado justo: organização social inclusiva; direitos universais; igualdade material; equidade;
- d) Estado social: reconhecimento do indivíduo e das coletividades, estado forte, garantidor de direitos sociais, econômicos e culturais;

- e) Democracia: substancial, permanente, vinculada a projeto comum, informações públicas e acessíveis, participação deliberativa, universal;
- f) Estado soberano: representa nacionalidades, decisões consentidas, prioridade está nas pessoas, povos e direitos, e não nos interesses elitistas;
- g) Estado plurinacional: múltiplas nacionalidades, autoridade descentralizada e nacional, autonomias territoriais, pluralidade jurídica e cultural, pré-modernidade e pós-modernidade convivem entre si, autodeterminação dos povos;
- h) Estado intercultural: inter-relação cultural, igualdade na diferença, diversidade idiomática, diálogo de saberes visando a emancipação;
- i) Estado laico: moral coletiva, aceitação de críticas (não-dogmático), método procedimental visando a transformação e emancipação;
- j) Função cidadã e controle social: tem o objetivo de institucionalizar a participação cidadã em todo o ciclo da gestão pública;
- k) Função eleitoral: pretende garantir sua independência e a vontade dos cidadãos.

4.2. Comentários

A Constituição equatoriana apresenta-se como um grande avanço democrático ao estabelecer uma miríade de direitos econômicos, sociais e culturais, além de incentivar não somente a multiculturalidade, mas também a interculturalidade, ou seja, a interação entre os mais diversos povos que compõe o território do Equador, a fim de que haja uma colaboração mútua na busca por conhecimento e melhores condições de vida. Além disso, institui mecanismos inéditos de participação popular ao estabelecer dois novos poderes: a função cidadã e controle social e a função eleitoral.

No entanto, malgrado não possamos desconsiderar a importância de tal conquista, também não podemos nos esquecer de que caso as garantias nela presentes não sejam efetivamente aplicadas, a Carta Política não passa de um conjunto de palavras vazias.

Além disso, conforme vimos acima, a América Latina sofre de hiperpresidencialismo. O chefe do poder executivo constantemente interfere no âmbito dos outros poderes, maculando a legitimidade republicana. É necessário, então, constante fiscalização popular sobre o governo a fim de evitar tal distorção. É necessário também que os movimentos sociais consistentemente exijam a aplicação dos preceitos constitucionais.

Ramiro Ávila, por sua vez, aposta no ativismo judicial e na interpretação conforme a Constituição, ou seja, defende que os juízes usem a Constituição como paradigma interpretativo, que se afastem de sua moral privada durante a decisão e que sempre julguem conforme a moral pública. Entretanto, se considerarmos que a Constituição comporta inúmeros direitos que no caso concreto apresentam incompatibilidades entre si, que é incongruente que um magistrado possa “sair de si mesmo” ao sentenciar e que a noção de moral pública é abstrata, temos que a interpretação judicial não é tão óbvia quanto possa parecer.

5. A interpretação judicial

5.1. Introdução

Considerando a crescente judicialização dos conflitos, qual seja, o judiciário sendo cada vez mais o campo para onde correm as expectativas frustradas, e também que em decorrência do neoconstitucionalismo os tribunais constitucionais, atualmente em proeminência, são considerados os guardiões da Constituição, devendo emitir a palavra final a respeito de questões relativas à Carta Política, cabe realizarmos breve análise a respeito da interpretação judicial. No entanto, é importante que primeiro sejam introduzidas algumas noções básicas sobre o fenômeno da comunicação.

5.2. O fenômeno da comunicação

Imaginemos a transferência de uma informação entre duas máquinas, localizadas em polos opostos num sistema. Uma das máquinas, a emissora, reage a um determinado estímulo emitindo um sinal (um sinal elétrico, por exemplo) que viaja por um canal (fio elétrico, ondas de rádio, etc.) e é captado por outra máquina, a receptora, que reconverte o sinal numa dada forma, constituindo a mensagem. O destinatário, no caso a máquina receptora, reage à mensagem conforme uma programação preestabelecida, não havendo margem para dúvidas quanto à operação a ser realizada.

No entanto, se substituirmos as máquinas por seres humanos, a comunicação torna-se mais complexa. Os signos humanos, como as palavras e os gestos, por exemplo, não são

unívocos e dependem de interpretação que lhes dê significado. Esta interpretação varia enormemente conforme uma série de fatores: o contexto em que uma determinada frase se insere, uma pausa na fala, os conhecimentos do intérprete sobre os gestos de determinada região, etc.

5.3. Distinção entre lógica e retórica

Além da distinção entre a comunicação entre máquinas e a comunicação entre seres humanos, cabe realizarmos também uma diferenciação entre a lógica formal e a retórica.

Em um sistema formal, estando enunciados os axiomas – premissas consideradas necessariamente evidentes e verdadeiras, fundamentos de uma demonstração, porém elas mesmas indemonstráveis, originadas, segundo a tradição racionalista, de princípios inatos da consciência ou, segundo os empiristas, de generalizações da observação empírica – e formuladas as regras de dedução admitidas, basta aplicá-los corretamente para demonstrar os teoremas de forma impositiva. Caso aceitemos os axiomas e estando correta a demonstração, não podemos nos negar a reconhecer a verdade da proposição obtida por tal processo lógico.

$$\mathbf{A = B}$$

$$\mathbf{B \neq C}$$

$$\mathbf{\text{Logo, } A \neq C}$$

Tal não acontece, no entanto, com a retórica. Esta intenta não a obtenção da verdade, mas o convencimento, a persuasão a respeito de determinada matéria. Para tal utiliza-se de técnicas argumentativas, modelos que visam aumentar a eficácia de um argumento, gerando a adesão do auditório. Dentre estas técnicas encontram-se os argumentos quase-lógicos, que tiram sua força persuasiva de sua aproximação com a lógica formal, detentora de ampla aceitação. Entretanto, tendo em vista que a demonstração formal se dá a partir da combinação de signos inequívocos e que a argumentação se utiliza de palavras, que não são unívocas, só é possível aproximar esta daquela a partir de uma redução não-formal, ponto sobre o qual se instalará eventualmente o dissídio.

No caso em questão analisaremos o princípio aristotélico da contradição e sua equivalente no campo da retórica, a incompatibilidade. O princípio da contradição afirma que nada pode ser e não ser ao mesmo tempo, sob pena de o sistema que afirma uma proposição como verdadeira e falsa simultaneamente incidir numa incoerência que lhe retira a validade. No âmbito da lógica formal, que como já dito utiliza-se de signos que não dão margem a ambiguidades, a contradição impõe-se de maneira inquestionável, obrigando quem deseje usar um sistema a retirar-lhe as contradições, sob pena de incorrer em absurdidade.

A = B

A ≠ B

No ambiente da argumentação, uma incompatibilidade, que consiste em duas assertivas entre as quais se deve escolher, a menos que se renuncie a ambas, diferencia-se da contradição por depender quer da natureza das coisas, quer de uma decisão humana, não sendo, portanto, evidente e impositiva. No entanto, quem critica um argumento tentará convencer o auditório de que se trata de uma questão de lógica, aproveitando-se assim do prestígio do raciocínio rigoroso.

O capitalismo é o sistema da apropriação privada da produção.

República significa coisa pública.

Apropriação privada e coisa pública são incompatíveis.

Logo, capitalismo e república são incompatíveis.

Porém, se modificarmos a acepção da palavra capitalismo, podemos dirimir tal incompatibilidade.

O capitalismo defende a existência de um aparelho coercitivo do Estado que garanta o direito à propriedade privada.

O aparelho coercitivo do Estado é público.

**República significa coisa pública.
Logo, capitalismo e república são compatíveis.**

Considerado o exposto, cremos estar claro que o Direito não pertence ao campo da verdade, mas ao âmbito da verossimilhança.

5.4. Hermenêutica tradicional

A hermenêutica tradicional, aplicada, por exemplo, pelo positivismo exegético, defendia que era possível que o juiz, através de técnicas interpretativas, como a gramatical e a histórica, alcançasse a essência de uma norma, seu verdadeiro significado. O juiz era apenas a boca que pronunciava a lei, sendo seu papel como intérprete e sua responsabilidade pela decisão omitidos.

5.5. Relativismo axiológico e vontade

Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, já nos alertava que a decisão judicial comporta dois momentos. O primeiro, o da cognição, é aquele em que o juiz delimita as possíveis interpretações jurídicas, estabelecendo uma moldura. Dentro desta moldura, segundo Kelsen, não existe um critério lógico-objetivo que permita ao juiz considerar uma interpretação como sendo superior às outras, sendo sua decisão, portanto, um ato de volição.

Ora, se considerarmos, como dizia Nietzsche, que o homem é que põs valores nas coisas a fim de se conservar, sendo estas construções sociais, portanto, e que numa Constituição existem valores que guardam incompatibilidades latentes, esperando o caso concreto para se manifestarem, como o direito à vida e o direito à liberdade, que numa discussão sobre o aborto podem representar o direito à vida do feto e o direito à liberdade da mulher dispor sobre o próprio corpo, por exemplo, temos que a decisão do juiz não é óbvia.

A escolha que este fará dependerá de uma série de elementos subjetivos, como posicionamentos filosóficos, crenças religiosas, experiências de vida, ou mesmo elementos

dos quais o intérprete sequer tenha consciência, como acontecimentos traumáticos ocorridos durante a infância. A interpretação conforme a Constituição sugerida pelo autor, portanto, não ilumina o caminho. No caso do aborto, a moral pública determina que deve prevalecer o direito à vida do feto ou o direito à liberdade da mulher dispor sobre o próprio corpo?

5.6. Conclusão

Tendo em vista a inevitabilidade da discricionariedade da figura do intérprete, podendo ser maior ou menor a depender da amplitude da moldura, que aplica sua subjetividade ao escolher uma interpretação em detrimento das outras, ou mesmo ao escolher uma técnica interpretativa e não outras, é importante que exista a noção de que determinada interpretação judicial não é a resposta certa, mas apenas uma visão de mundo, uma perspectiva, dentre várias possíveis. O suposto uso de um método interpretativo não pode servir para encobrir a responsabilidade do intérprete sobre a decisão, sob pena de a legitimarmos de maneira acrítica. Por fim, é importante que esta seja fundamentada, pois um mesmo argumento pode ser aceito por uns e rejeitado por outros, gerando assim o debate público, algo a ser estimulado numa democracia.

6. Referências bibliográficas

- ARRUDA JR., Edmundo L. de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação Ética e Hermenêutica alternativas para o Direito**. 1 ed. Florianópolis: CESUSC, 2002, 336p.
- ECO, Umberto. **A estrutura ausente**. 1 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Editora Perspectiva, 1971, 427p.
- KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. 4 ed. Coimbra: Armênio Prado, 1976, 484p.
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11 ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982 (1 ed.), 61p.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Assim Falava Zaratustra**. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012, 340p.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica, nova retórica**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 259p.

_____. **Tratado da Argumentação, a nova retórica.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 653p.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador.** 1 ed. Quito: Abya-Yala, 2011, 308 p.