

**AS “CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS” DA AMÉRICA LATINA:
A TENSÃO PERMANENTE ENTRE LIVRE MERCADO E DIREITOS
SOCIOECONÔMICOS^{1 2}**

***LAS “CONSTITUCIONES ECONÓMICAS” DE AMÉRICA LATINA:
LA TENSION PERMANENTE ENTRE LIBRE MERCADO Y DERECHOS
SOCIOECONÓMICOS***

***THE “ECONOMICAL CONSTITUTIONS” FROM LATIN AMERICA:
THE PERMANENT TENSION BETWEEN FREE MARKET AND SOCIAL AND
ECONOMICAL RIGHTS***

Javier Couso³

Resumo: O artigo trata do tema da consolidação de um dado modelo econômico subjacente à ordem constitucional e sua relação com a normatividade dos direitos humanos nas Constituições da América Latina, onde a discussão passou desde os economistas neoliberais até o impulso atual de tornar justiciáveis os direitos socioeconômicos. Para tanto, realiza uma taxonomia das diferentes “constituições econômicas” e uma análise da abordagem dominante no subcontinente, explorando as tensões e a potencialidade que manifesta. Verifica, em conclusão, que o debate cinge-se a uma questão de permanência – a qual visa uma Constituição – preocupada em impedir a alteração do fio condutor de dado modelo econômico.

Palavras-chave: constituições econômicas; direitos humanos; Constituição; América Latina.

Resúmen: El artículo trata de la consolidación de un determinado modelo económico subyacente al orden constitucional y su relación con la normatividad de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas, donde la discusión ha pasado de los economistas neoliberales al

¹ Artigo recebido em 9/10/2019 e aprovado em 09/12/2019.

² Tradução do original em inglês por Victoria Lourenço de Carvalho e Gonçalves. Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional (PPGDC) e Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7777-1952>. Revisão da tradução por Roberta De Stéfani Vianna. Mestranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional (PPGDC) e Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0371-0852>; e Enzo Bello: Doutor em Direito pela UERJ. Estágio de Pós-Doutorado em Direito pela UNISINOS. Estágio de Pós-Doutorado em Serviço Social pela UFRJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFF. Professor e ex-coordenador (2014-2016) do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da UFF. Editor-chefe da Revista Culturas Jurídicas (www.culturasjuridicas.uff.br) - Qualis Direito A2. Membro do Núcleo de Estudos e Projetos Habitacionais e Urbanos (NEPHU) da UFF. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3923-195X>.

³ Professor da Faculdade de Direito da *Universidad Diego Portales* (Santiago, Chile) e membro do Centro de Estudos sobre Conflitos Sociais e Coesão. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3458-1547>.

impulso actual de hacer justiciables los derechos socioeconómicos. Para esto, realiza una taxonomía de las diferentes "constituciones económicas" y un análisis del enfoque dominante en el subcontinente, explorando las tensiones y la potencialidad que manifiesta. En conclusión, observa que el debate se limita a una cuestión de permanencia - que aspira a una Constitución - preocupada por evitar la alteración del hilo conductor de un determinado modelo económico.

Palabras clave: constituciones económicas; derechos humanos; constitución; América Latina.

Abstract: The article deals with the consolidation of a given economic model underlying the constitutional order and its relation to the normativity of human rights in the Latin American Constitutions, where the discussion has gone from neoliberal economists to the current impulse to make socio-economic rights justiciable. To this end, it carries out a taxonomy of the different "economic constitutions" and an analysis of the dominant approach in the subcontinent, exploring the tensions and the potentiality it manifests. In conclusion, it notes that the debate is limited to a question of permanence - which aims at a Constitution - concerned with preventing the alteration of the common thread of a given economic model.

Keywords: economic constitutions; human rights; constitution; Latin America.

1. Introdução

Uma das características fundamentais da teoria constitucional contemporânea é o debate a respeito da questão das constituições deverem ser “neutras” em relação ao domínio econômico ou se – ao contrário – deveriam consolidar a infraestrutura jurídica subjacente a um dado modelo econômico. Apesar do extraordinário desenvolvimento que a teoria constitucional experimentou nas últimas décadas, esta questão permanece sub-examinada.

Neste artigo, abordo esta questão a partir da perspectiva da América Latina, uma região na qual a discussão relativa à “constituição econômica” passou dos apelos dos economistas neoliberais para introduzir as instituições básicas de livres mercados na constituição (nas décadas de 1980 e 1990) até o impulso atual de tornar os direitos socioeconômicos prontamente justiciáveis.

Após abordar a questão geral da relação entre direito constitucional e domínio econômico, oferecerei uma taxonomia de diferentes ‘constituições econômicas’ da América Latina contemporânea - um continente onde ainda existe uma variedade de formas por meio das quais as constituições lidam com essa questão. Por fim, analiso a abordagem dominante quanto à relação entre direito constitucional e economia na região, explorando as tensões – assim como o potencial - que ela manifesta.

2. Sobre Constituições e a Economia

Como os estudiosos de direito constitucional comparado sabem bem, o conceito de 'Constituição' permanece controverso, uma vez que depende da ideologia política – assim como a jurídica – daquele que oferece uma definição a respeito. Assim, por exemplo, enquanto para alguns estudiosos uma constituição deveria ser meramente um documento político vocacionado a estruturar os poderes estatais e proteger os direitos mais fundamentais; para outros, ela deveria ser concebida não apenas como um veículo para a organização política dos poderes e a proteção dos direitos civis e políticos, mas também como um pacto que consolida uma estrutura básica da economia.

Dada a existência de diferentes compreensões a respeito do escopo que uma constituição deveria ter – um tópico relacionado à questão chave de quais deveriam ser as características e funções de uma constituição – não deveria ser uma surpresa que, a despeito da convergência global que pode ser observada no direito constitucional, particularmente no domínio dos direitos fundamentais, ainda existe considerável variação na configuração das constituições ao redor do mundo, incluindo a forma como regulam (quando o fazem) os aspectos básicos da economia.

Uma abordagem original para a relação entre constitucionalismo e o mundo da economia defende uma constituição 'minimalista'.⁴ Nesta concepção, a tarefa básica da constituição é oferecer um quadro político dentro do qual diferentes atores sociais e políticos competirão para a implementação das suas políticas econômicas preferidas. Políticas que possam ser alteradas – inclusive drasticamente - caso um grupo político com entendimento diferente sobre o modo de organização da economia chegue ao poder. Neste entendimento do escopo de uma constituição, o domínio econômico permanece largamente não regulado pelo direito constitucional.

⁴ No atual debate constituinte do Chile, o estudioso do direito constitucional e ex-membro do Tribunal Constitucional, Jorge Correa Sutil, defendeu abertamente a concepção minimalista, afirmando que a "marca" do conteúdo econômico de uma Constituição era o pequeno espaço deixado para a tomada de decisões democráticas em matéria de política econômica. Ver Correa Sutil (2013, p. 34).

Do outro lado do espectro, existe uma concepção de constituições (que pode ser rotulada de 'maximalista') que argumenta pela inclusão no texto constitucional não apenas do quadro político do Estado, mas também das características básicas de sua ordem econômica. Em uma constituição maximalista, as principais características da ordem econômica existente se constitucionalizam, o que, por sua vez, contribui para a sua perpetuação, já que qualquer reforma significativa da estrutura econômica exigiria necessariamente uma reforma constitucional. Esta última abordagem, é claro, assume que existem tribunais dotados do poder de fazer cumprir a Constituição, uma vez que sem isso a introdução de uma constituição econômica não impedirá a alteração do modelo econômico através da legislação. O que importa ter em mente a respeito da abordagem maximalista é que, dentro do grupo que defende tal concepção acerca do escopo do direito constitucional, existem opiniões muito diferentes a respeito de que tipo de modelos econômicos as constituições deveriam consolidar.

Tendo esmiuçado os dois pólos opostos referentes à relação entre direito constitucional e economia, é importante destacar que – assim como no caso da maioria dos fenômenos sociais e políticos - a maioria das constituições existentes situa-se entre os dois extremos acima descritos. Este é o caso na América Latina, onde existem importantes variações na forma de regulação da economia no nível do direito constitucional: desde países mais próximos do polo minimalista até outros que se encaixam mais fortemente na concepção maximalista.

3. Da Constituição 'Política' para a 'Econômica'

No momento da emergência do constitucionalismo moderno – em direção ao fim do século XVIII – as constituições foram, principalmente, documentos políticos. Consequentemente, a lei fundamental limitou-se a constituir e ordenar os diferentes ramos dos governos, bem como ao reconhecimento - ainda que básico - de um conjunto básico de direitos civis e políticos a serem exercidos pelo povo. O entendimento político fundamental sobre a natureza das constituições explica porquê, nos primeiros anos do constitucionalismo moderno, a única relação entre direito constitucional e economia foi a inclusão do direito à

propriedade privada entre as liberdades fundamentais protegidas pela constituição e – em alguns casos – a introdução de liberdade de cláusulas contratuais.

A concepção política do direito constitucional acima delineada continuou a ser defendida por estudiosos europeus ao longo do século XIX. Assim, por exemplo, um dos mais importantes estudiosos de direito constitucional comparado da época, A.V. Dicey, defendeu precisamente esta concepção numa seção em seu livro intitulado “the nature of a Constitution”. Citando outro estudioso de Direito Constitucional, Paley, ele teve isso a dizer:

‘Por constituição de um país’, escreve Paley, ‘é entendido tanto o seu Direito, quanto isso diz respeito à designação e forma da legislatura; aos direitos e as funções de cada parte do corpo legislativo; à construção, cargo e jurisdição dos tribunais de justiça. A constituição é uma divisão, secção ou título principal do código de direito público; distinto do resto apenas pela importância superior da matéria de que trata’.

A noção defendida por Dicey foi compartilhada por constitucionalistas da América Latina. Assim, por exemplo, o maior estudioso do direito constitucional do Chile no século XIX, Jorge Huneeus, assim afirmou sobre a natureza do direito constitucional:

O Direito Público (...) lida com a relação entre as autoridades entre si e entre seus subordinados (...). O Direito Público é dividido entre (Direito) Constitucional ou Político que, em geral, organiza os Poderes Públicos e estuda as prerrogativas das autoridades superiores do Direito do Estado (e) Direito Administrativo, que se refere aos poderes às prerrogativas das autoridades inferiores da administração (e que) regulamentam a ação e a competência do poder executivo, ou seja, da administração central, local e administração da justiça (...).⁵

O fato de o entendimento dominante sobre o escopo do direito constitucional durante o século XIX ter permanecido político é intrigante, considerando que a noção de que as relações entre os poderes possuem elementos tanto políticos como econômicos era familiar aos intelectuais ocidentais desde o final da década de 1840, graças ao trabalho de estudiosos como Proudhon (1840) e Karl Marx (1844), que explicitaram a ligação entre direito constitucional e economia.

Qualquer seja a explicação para o fracasso dos estudiosos do direito constitucional europeus e latino-americanos do século XIX em considerar introduzir cláusulas econômicas na constituição, no começo do século XX alguns estudiosos começaram a prestar atenção

⁵ Ver Huneeus (1890, p. 23).

no significado econômico das constituições. Um proeminente exemplo foi Charles Beard, que, em 1913, notou que o fato da Constituição dos Estados Unidos ser um documento político não significava que lhe faltasse o sentido econômico. Em suas palavras:

é necessário entender desde o início que o Direito não é algo abstrato, uma página impressa, um volume de estatutos, uma declaração de um juiz (...) Separado do tecido social e econômico no qual se encontra, em parte condicionado e o qual, por sua vez, ajuda a condicionar, não tem realidade (...). Na medida em que o principal objetivo do governo, para além da mera repressão da violência física, é a criação de regras que determinem a propriedade de relações dos membros da sociedade, as classes dominantes cujos direitos são, assim, determinados devem obter do governo as regras que estejam em consonância com os interesses maiores necessários à continuidade dos seus processos econômicos ou devem elas próprias controlar os órgãos de governo.⁶

Conforme pode ser apreciado nesta passagem, desde o início do século XX havia consciência dentro dos círculos intelectuais dos Estados Unidos de que regras legais – incluindo a Constituição – tinham impacto no domínio econômico. De fato, como Beard destacou, mesmo o mais básico estudo sobre interesses econômicos em jogo na época da discussão da Constituição dos Estados Unidos (em 1786-1787) mostrou que a estrutura política adotada por este último serviu aos interesses econômicos de um dos dois concorrentes básicos. Nas palavras de Beard:

Ninguém pode examinar durante semanas cartas, jornais e panfletos dos anos de 1787-1789 sem chegar à conclusão de que houve um conflito profundamente enraizado entre o partido popular baseado no papel-moeda e com interesses agrários, e um partido conservador centrado nas cidades e apoiado em interesses financeiros, mercantis e propriedade pessoal em geral. É verdade que muito da fulminação em panfletos estava preocupada com controvérsias sobre várias características da Constituição; mas os escritores que foram ao centro do problema, como os autores d'O Federalista, e os mais sérios Anti-Federalistas, deram especial atenção aos elementos básicos em disputa bem como aos detalhes controversos incidentais.⁷

O que interessa na análise de Beard é que – já há um século atrás – ele reconheceu que as estruturas políticas estabelecidas pela Constituição dos Estados Unidos respondiam, em parte, aos interesses econômicos da facção que prevaleceu no processo de criação da Constituição. Em outros termos, que a Constituição dos Estados Unidos não era apenas um documento jurídico.

⁶ Beard (1913, p. 12-13).

⁷ Ibid., p. 292.

O ponto de vista seria ecoado décadas depois (nos anos de 1960) por um jurista chileno, Eduardo Novoa Monreal, que notou que o sistema legal, em geral – e de direito constitucional, em particular – tem profundas ligações com o que ele considerou como uma ordem capitalista profundamente injusta. Novoa Monreal, que se tornaria consultor jurídico do presidente Salvador Allende, afirmou que a constituição liberal-democrática do Chile representava ‘um obstáculo à mudança social’. Escrevendo no final da década de 1960, quando o país estava envolvido num processo de transformação socioeconômica sem precedentes, ele lamentou que:

Nós não podemos encontrar na Constituição do Chile uma disposição destinada a impor em termos gerais, como um princípio jurídico orientador, a superioridade ou a primazia do interesse coletivo sobre o interesse individual. O Chile de 1968 tem, neste ponto crucial (...) os mesmos princípios jurídicos que orientaram o país em 1833, ou seja, há cento e trinta e cinco anos atrás. Isto porque - para espanto dos não-juristas - numa questão tão capital, capaz de orientar a interpretação de todo o sistema jurídico em um determinado caminho, não houve uma verdadeira inovação no direito positivo do Chile, e tudo se desenrola com base nas mesmas cláusulas constitucionais destinadas a moldar o regime individualista liberal do século passado.⁸

O interesse de Charles Beard e Eduardo Novoa Monreal em destacar o significado econômico da constituição liberal de seus países se deve ao fato de que – nas características que eles respectivamente analisaram – não havia uma constitucionalização explícita do livre mercado. De fato, tanto nos Estados Unidos de 1787 como na tradição constitucional do Chile (fundada na Constituição de 1833 e na Constituição de 1925) houve silêncio sobre como seria a estruturação econômica, limitando-se à proclamação da proteção dos direitos à propriedade privada e, no caso dos Estados Unidos, à garantia da liberdade contratual e à regulação do comércio interestatal.

A omissão presente nas constituições da Europa e das Américas em regular a estrutura econômica, sobre a qual foi criada a estrutura política, ocorreu devido à "inevitabilidade" social, cultural e política da economia de mercado durante o século XIX. De fato, precisamente porque a hegemonia desse modelo econômico era tão difundida, as elites políticas não sentiram a necessidade de enraizar na Constituição a infraestrutura jurídica que o sustentava.

⁸ Ver Novoa Monreal (1993, p. 120).

Um ponto semelhante foi assinalado depois do colapso da União Soviética por Cass Sunstein, que defendeu a necessidade de ‘conscientemente’ se introduzir nas constituições dos estados pós-comunistas as principais instituições da economia de mercado, algo que, segundo ele, não tinha sido necessário nas constituições das democracias ocidentais. Em suas próprias palavras:

Na Europa Oriental existe uma pressão maior pela necessária proteção constitucional das liberdades democráticas e econômicas do que nos Estados Unidos e no Ocidente. Nos Estados Unidos, por exemplo, o processo de constitucionalização foi simplificado pelo fato de que muito antes do início desse processo, a propriedade privada, o direito consuetudinário e a sociedade civil estavam firmemente implantados. Os responsáveis pela elaboração da constituição poderiam desenvolver e tentar proteger as conquistas já existentes. O mercado e as instituições da sociedade civil antecederam às constituições. A tarefa de construção de uma Constituição na Europa Oriental é mais crítica e mais assustadora precisamente devido à ausência de instituições bem estabelecidas que protegessem as ordens de mercado (...). As constituições tiveram não apenas que criar as estruturas básicas de governo e proteger o catálogo dos direitos liberais, mas também se preocupar com a criação de salvaguardas para a transição para (alguma versão da) ordem de mercado.⁹

Como podemos ver, sob a perspectiva de Sunstein, a razão pela qual as constituições modernas do Ocidente são silentes a respeito da infraestrutura legal da economia foi esta última ter sido tomada como garantida no momento em que as cartas foram promulgadas. Por conseguinte, para além da inclusão do direito à propriedade privada na Declaração de Direitos, o resto dos elementos jurídicos cruciais para o mercado econômico funcionar foram deixados à legislação comum e aos regulamentos administrativos.

A percepção da inevitabilidade da economia de mercado acima referida começou a desaparecer pouco depois da Primeira Guerra Mundial devido às críticas que surgiram por parte dos defensores da economia de mercado contra os extremos alcançados pela economia de *laissez-faire* (especialmente sua incapacidade em prover um nível mínimo de bem-estar a milhões de trabalhadores), combinado com desafio do capitalismo, nivelado pelo socialismo e pelo comunismo - quando a Revolução Russa materializou uma alternativa econômica ao sistema. É nesse contexto que algumas democracias liberais da Europa e da América Latina abordaram os excessos da economia do *laissez-faire* através da inclusão na Carta de Direitos de um conjunto de direitos socioeconômicos, destinados a

⁹ Sunstein (1997, p. 204).

atenuar o impacto brutal desse sistema econômico. Esta abordagem, que veio a ser conhecida como ‘constitucionalismo social’, foi primeiro implementada no México em 1917, na Constituição de Weimar de 1919, na Constituição do Chile de 1925, entre outras. O problema, no entanto, é que, tão logo introduzida, esta abordagem revela-se capaz de proporcionar apenas um modesto progresso nas condições econômicas dos trabalhadores. A razão para isto é simples: o constitucionalismo social foi primeiro introduzido em Estados em que os tribunais não adotavam o *Judicial Review* ou, alternativamente, não estavam dispostos a usá-lo. Dessa forma, a consolidação de direitos socioeconômicos na lei fundamental não significou a constitucionalização do modelo social democrático subjacente a esta abordagem. Isto, contudo, não quer dizer que o movimento foi completamente inútil, pois forneceu a base constitucional para a promulgação de uma legislação que começou a construir Estados de bem-estar social nesses países.¹⁰

Em resumo, embora durante o primeiro século e meio do constitucionalismo moderno não houvesse a percepção quanto a necessidade de constitucionalizar o domínio econômico, depois da Primeira Guerra Mundial isso começou a mudar. O movimento em direção à inclusão de cláusulas econômicas na constituição foi apoiado por grupos de esquerda e de centro que queriam atenuar os excessos da não regulação dos mercados e que conseguiu incluir direitos socioeconômicos na Constituição. Essa mudança no sentido de incluir direitos socioeconômicos receberia mais tarde um incentivo, quando os Estados Unidos da América aprovaram a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que os incluiu. Décadas mais tarde – no final do século XIX – o colapso da União Soviética sinalizou novamente no sentido do fim da neutralidade econômica das constituições. Neste momento, contudo, o impulso veio de um ambiente ideológico muito diferente: a dos defensores da economia de mercado, que pensavam que a consolidação de características básicas desta última seria necessária aos países que saíam do regime socialista soviético.

4. A “Constituição Econômica” na era da Jurisdição Constitucional

¹⁰ Uma observação parecida é feita por David Landau (2016, p. 268), que recentemente argumentou que “Na Constituição Mexicana de 1917, por exemplo, uma das primeiras do mundo a reconhecer os direitos sociais, por um longo tempo tais normas não eram justiciáveis perante os tribunais. Estes direitos foram fundamentais ideologicamente para o constitucionalismo mexicano, mas pensava-se que eram de atribuição dos ramos políticos do poder, não também dos tribunais”.

Conforme visto acima, devido ao fato de a doutrina do ‘constitucionalismo social’ ter nascido em países com pouca ou nenhuma tradição na jurisdição constitucional, os direitos socioeconômicos exerceram, principalmente, uma função simbólica – qual seja, a legitimação legislativa e administrativa da construção do Estado de bem-estar social -, mas eles raramente garantiram sua observância em detrimento das políticas econômicas que os minavam. Em outros termos, porque a introdução de direitos socioeconômicos não veio acompanhada de um conjunto de tribunais ativos com poderes de revisão judicial, o constitucionalismo social falhou em prevenir (em parte) o dismantelamento do Estado de bem-estar social quando a orientação ideológica do mercado substituiu as sociais democracias no final do século XX.

Diferentemente da experiência do constitucionalismo social da Europa e da América Latina, nos Estados Unidos a longa tradição do *Judicial Review* permitiu à Suprema Corte criar jurisprudencialmente uma constituição econômica do *laissez-faire* na chamada Era do "Tribunal de Lochner" (1905-1937).¹¹ O que foi importante nessa experiência é que a consolidação desse modelo econômico não foi o resultado inevitável das cláusulas economicamente significativas da Constituição de 1787, mas uma consequência do ativismo da Suprema Corte. Em outros termos, o fator determinante foi a vontade da maioria dos juízes da Corte de ler na Constituição - e depois fazer valer ativamente - uma forma particularmente radical de economia de mercado. Como se sabe, o “Tribunal de Lochner” chegou ao fim quando o presidente determinou a introdução de um modelo econômico incompatível com a constituição econômica que a Suprema Corte havia construído. É interessante notar que pouco depois da experiência traumática que levou à derrota do “Tribunal de Lochner”, a Suprema Corte dos Estados Unidos chegou à conclusão de que o documento de 1787 não estabeleceu uma constituição econômica, deixando este domínio aos poderes políticos (Shapiro, 1986).

Como as experiências do constitucionalismo social e do “Tribunal de Lochner”, radicalmente diferentes, sugerem, a existência de uma constituição econômica depende criticamente de um recurso ativista à jurisdição constitucional pelos tribunais e não apenas

¹¹ Sobre o “Tribunal Lochner” ver Paul Kness (1988).

de um conjunto sólido de cláusulas constitucionais de caráter econômico. Em suma, a experiência da relação entre direito constitucional e economia no século XX sugere que não importa quão explícita seja a regulação econômica, se não houver um ativo controle de constitucionalidade sobre a legislação pelos tribunais, a inclusão de uma constituição econômica será sem efeito, reduzindo-se a uma série de declarações de natureza econômica compatíveis com um conjunto bastante vasto de modelos econômicos. Tendo dito isto e dado o fato de que vivemos numa era caracterizada pela “expansão global do poder judicial” (Tate, Vallinder, 1992), a relevância da introdução de cláusulas econômicas no texto constitucional é agora maior que antes, pois mais suscetíveis de serem invocadas pelos tribunais para impedirem a implementação de políticas econômicas consideradas contrárias à Constituição.

5. A Taxonomia das “Constituições Econômicas” da América Latina Contemporânea

Feitas as observações gerais sobre a relação entre direito constitucional e economia, passo agora à análise de como se deu essa relação na América Latina, um continente no qual, a despeito de muitas características comuns (históricas, sociais, econômicas e culturais), manifesta importantes diferenças em termos de perspectiva política e constitucional entre seus Estados (Couso, 2014).

O primeiro elemento que qualquer análise sobre a relação entre direito constitucional e o domínio econômico na América Latina deve considerar é o fato de que esta região é historicamente marcada por uma desigualdade crônica. De fato, embora em décadas recentes muitos países da América Latina tenham conseguido reduzir a pobreza de forma bastante significativa, a desigualdade econômica continua inabalável. Esta realidade é especialmente importante tanto para a democracia como para o constitucionalismo da região, levantando o questionamento sobre o nível de desigualdade que uma democracia constitucional pode suportar. É claro, dado o recente desenvolvimento político e econômico, este problema também se tornou relevante no contexto das consolidadas democracias da Europa Ocidental e dos Estados Unidos, mas na América Latina o problema da compatibilização de uma democracia constitucional com elevados níveis de

desigualdade parece mais urgente, talvez devido ao fato de que as democracias lá ainda são frágeis.

Tendo isso em mente podemos identificar quatro modelos de como a relação entre direito constitucional e economia é organizada na América Latina: a) a Constituição Neoliberal; b) a Constituição de Direitos Sociais; c) a Constituição Bolivariana; e d) a Constituição Minimalista.

Isto, é claro, é um esquema taxonômico e, reconhecidamente, há alguns países latino-americanos que podem ser considerados como tendo constituições econômicas híbridas. Dito isso, utilizo esses modelos para ajudar na compreensão dos elementos que organizam a relação entre direito constitucional e economia na região.

Começando com a constituição neoliberal, esta se aproxima da defendida por Sunstein para as democracias do Leste Europeu e tem sido promovida na América Latina por organizações internacionais de financiamento como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Em essência, esta abordagem da relação entre direito constitucional e economia visa a isolar da política democrática uma versão bastante radical da economia de livre mercado.

Por trás de uma forte proteção à propriedade privada, a constituição econômica de Sunstein inclui, entre outras cláusulas: a) uma proibição geral do controle dos preços e salários; b) a proteção ao livre acesso a profissões, ofícios e negócios; c) a proibição de monopólios governamentais; d) o princípio de não discriminação contra empresas privadas e) a proibição de tarifas e encargos; f) uma cláusula de equilíbrio orçamentário; g) a restrição nos poderes de tributação; e h) a proibição do controle da exportação ou importação de divisas, cláusulas nomeadamente constitucionais favoráveis ao mercado. Estas normas, ele defende, fornecerão a nações sem longa tradição de mercado uma “forte proteção constitucional à propriedade privada e à economia de mercado”.¹² No momento, a constituição do Chile de 1980 representa o melhor exemplo da constituição neoliberal na América Latina (Couso, 2016). Embora não alcance o nível das previsões defendidas por Sunstein, ela inclui a autonomia do Banco Central, o “direito à iniciativa econômica” e a proibição de tratamento privilegiado às companhias estatais.

¹² Ver Sunstein (1997, p. 217-221).

A segunda constituição econômica encontrada na América Latina, a Constituição de Direitos Sociais, é dominante na região. Olhando a partir da perspectiva da economia convencional, seu apoio aos direitos socioeconômicos, reforçados judicialmente, representa uma tentativa de constitucionalizar uma política econômica social-democrata, bem como outras perspectivas semelhantes a esta última. De fato, um especialista em direitos socioeconômicos assinalou: “(A) formulação dos direitos econômicos e sociais evoluiu a partir de origens díspares, tendo sido (...) moldados através dos princípios da social-democracia do primeiro mundo, do socialismo oriental do segundo mundo e do desenvolvimentismo do terceiro mundo”.¹³ Dada a afinidade entre a Constituição de Direitos Sociais e a esquerda das doutrinas econômicas centrais já mencionadas anteriormente, não é de surpreender que os principais economistas da América Latina tendam a se opor à inclusão dos direitos socioeconômicos na Constituição, particularmente se eles se tornarem justiciáveis.

O caso da Constituição Bolivariana é peculiar. Talvez devido ao fato de que o regime político político que eles implementaram concentrou muito do poder estatal em torno do Executivo (Viciano, Martínez Dalmau, 2010), o que envolve a subordinação dos tribunais ao presidente (Couso, 2014), a constituição econômica desses regimes é geralmente incoerente com sua política econômica. Consequentemente, o que se encontra nas constituições de Venezuela, Equador, Bolívia e Nicarágua é uma hibridização dos direitos liberais tradicionais, direitos socioeconômicos e, ocasionalmente, cláusulas econômicas mais próximas do chamado "Socialismo do Século XXI". A razão para isto é o fato de que, na ausência de autonomia dos tribunais em relação aos ramos políticos, a constituição econômica formal não faz qualquer diferença em termos de alteração das políticas econômicas definidas pelo governo.

Por fim, alguns poucos países da América Latina possuem uma “Constituição Minimalista”, quer dizer, constituições quase sem cláusulas economicamente relevantes. Nesses países, o direito constitucional manteve-se neutro em relação ao domínio econômico, afirmando um caráter fundamentalmente político. Portanto, se, por um lado, a constituição não tem consagração explícita das instituições que sustentam a economia de

¹³ Ver Young (2012, p. 1).

mercado, por outro lado, não inclui direitos socioeconômicos reforçados judicialmente. O que é interessante notar é que precisamente uma das nações latino-americanas com uma “Constituição Minimalista” (Uruguai) foi capaz de implementar um dos modelos econômicos mais progressistas da região.

6. A “Constituição de Direitos Sociais” em operação: a experiência colombiana

Considerando que a abordagem dominante concernente à relação entre direito constitucional e a esfera econômica na América Latina é a “Constituição de Direitos Sociais”, qual seja, aquela que apresenta direitos socioeconômicos reforçados judicialmente, neste tópico lido com ela em mais detalhes.

Como já foi mencionado, este tipo de constituição econômica pretende de alguma forma harmonizar economia de mercado com direitos socioeconômicos justiciáveis, representando um tipo de social democracia sob a compreensão do direito constitucional (Vásquez, 2012). Como antecipado, os economistas latino-americanos tendem a se opor a esse tipo de constituição econômica. O problema para eles, contudo, é que – por razões que não cabe analisar aqui – a inclusão de tais direitos na constituição representa uma espécie de "Zeitgeist".¹⁴ Em outros termos, representa uma ideia que, pelo menos no futuro previsível, será impossível de resistir na comunidade epistêmica de estudiosos e constitucionalistas.

O interessante em relação a essa abordagem é que, quase exatamente no momento em que a ideologia dos direitos socioeconômicos justiciáveis conseguiu se tornar hegemônica (por volta dos anos 1990), a economia neoliberal se tornou proeminente em parte considerável da América Latina. Com certeza, recentemente esta abordagem tem encontrado certa resistência (particularmente depois da crise global de 2008-2009), mas demonstrou ser altamente resiliente.

Dado o cenário do tipo de “coabitação” entre economia neoliberal e Constituição de Direitos Sociais, o que é possível enxergar para os próximos anos é uma constante tensão

¹⁴ David Landau faz esta observação em relação ao domínio dos direitos humanos internacionais: “Na Declaração internacional de direitos humanos, o padrão teria mudado, e acadêmicos e políticos estão mais inclinados a encarar os direitos positivos como direitos passíveis de execução judicial” (Landau, 2016, p. 269).

entre as demandas da ideologia dos direitos socioeconômicos e a ideologia da economia neoclássica. Uma tensão em que o primeiro só atenuará os excessos do segundo, mas não desafiará seriamente a sua existência. Este ponto foi recentemente avançado por Landau (2016), em sua análise criteriosa do impacto real da implementação dos direitos socioeconômicos na América Latina:

Embora os tribunais defendam a judicialização dos direitos socioeconômicos com zelo cada vez maior, em muitos casos eles o garantem de maneira que se torna improvável que tenham um papel transformador.¹⁵

A falta de poder transformador demonstrada pelo Constitucionalismo dos Direitos Sociais é bem ilustrada pela experiência de um dos melhores expoentes desta abordagem na América Latina, a Colômbia. Como se sabe, em 1991 este país introduziu uma nova constituição repleta de direitos socioeconômicos, que, embora originalmente não justiciáveis, se tornaram assim graças à jurisprudência ativista da Corte Constitucional colombiana.¹⁶ O problema, contudo, é que enquanto na esfera constitucional do país estava promulgada uma constituição econômica social-democrata, na esfera econômica alinhava-se ao chamado "Consenso de Washington", uma agenda econômica neoliberal patrocinada pelos Estados Unidos e por organizações econômicas supranacionais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. O choque de perspectivas que esses processos paralelos geraram foi destacado por dois importantes juristas colombianos que assinalaram que:

Seria muito simples dizer que o Tribunal (Constitucional colombiano) apenas atuou na defesa dos indivíduos contra a maioria: seria mais acertado dizer que defendeu a concepção da sociedade colombiana marcadamente diferente da visão que o poder executivo deseja introduzir através das políticas econômicas sociais.¹⁷

Dada a inevitável tensão entre a ideologia que sustenta a noção de direitos socioeconômicos justiciáveis (centro-esquerda) e o modelo econômico baseado na preeminência do livre mercado (direita), o resultado foi uma espécie de "guerra de atrito", em que a Corte Constitucional da Colômbia tentou atenuar um pouco o mais disruptivo

¹⁵ Landau (2016, p. 276).

¹⁶ Ver Landau (2016, p. 272).

¹⁷ Ver Uprimny e García Villegas (2006), citado por Yanub *et al.* (2013, p. 131).

efeito das políticas econômicas neoliberais promovidas pelo governo, enquanto o governo continua a implementar o coração do seu programa.

O futuro da Constituição de Direitos Sociais da Colômbia (semelhante à da África do Sul, outra campeã dessa abordagem que enxergou o choque contra as políticas neoliberais promovidas pelo seu governo) traz o questionamento do que acontece quando os direitos socioeconômicos justiciáveis são inseridos em um sistema econômico neoliberal. A resposta parece ser um pouco no sentido da individualização da justiça (para aqueles capazes de acionar os tribunais a seu favor), nada em termos da transformação do sistema, e muito em termos de conscientização a respeito das injustiças e outros problemas que isso gera.

7. Considerações finais

Duas décadas atrás, no otimismo dos anos 90 (quando a democracia, o constitucionalismo, a paz e o progresso econômico pareciam estar ao nosso alcance), uma observadora perspicaz assinalou em uma conferência sobre política e sociedade latino-americanas que havia duas "normatividades" básicas em ação no mundo pós-Guerra Fria. De um lado, o livre mercado. De outro, os direitos humanos. O problema – a observadora continuou – é que em alguns aspectos estas duas normatividades são incompatíveis. Ela não ofereceu nenhuma prescrição sobre como lidar (tampouco resolver) esta tensão, sugerindo que seria importante para as democracias liberais do mundo aprenderem a conviver com esta dicotomia nos próximos anos.¹⁸

Este episódio vem à mente enquanto analiso os caminhos que as constituições da América Latina contemporânea podem percorrer para lidar com a intersecção entre a formulação de políticas econômicas e os direitos sociais. Como visto anteriormente, a despeito da convergência constitucional que se identifica na região, ainda há bastante variação na forma dos países conceberem o papel da constituição no domínio econômico. Tendo dito isso, uma das abordagens básicas que identifiquei como modelo sobre esta questão na América Latina (a Constituição dos Direitos Sociais, que também é a

¹⁸ A pessoa que teve esta fala foi a reconhecida socióloga Saskia Sassen, que fez esta análise na Universidade de Stanford durante a segunda metade da década de 1990. Segundo o que sei, ela não publicou tal fala.

dominante), parece-me reproduzir exatamente a tensão entre a normatividade do livre mercado e a normatividade dos direitos humanos descrita acima.

Outra conclusão que o estudo da relação entre direito constitucional e economia na América Latina revela é que a pressão pode ser identificada tanto à esquerda como à direita para o uso da constituição na consolidação dos princípios básicos de modelos econômicos específicos: de liberais que desejam isolar “tecnocraticamente” a elaboração de políticas da política cotidiana (sob o argumento de que de outra forma o populismo prevaleceria), até sociais-democratas que querem fazer avançar as suas agendas através da linguagem dos direitos socioeconômicos.

Nesse ponto parece adequada uma pausa para questionar quais são as fontes do impulso para tentar enraizar na Constituição os principais princípios de um determinado modelo econômico. É por causa da hierarquia superior que o seu sistema preferido ficaria dessa forma?

Em vez de ser uma questão de hierarquia, minha impressão é que seja uma questão de permanência. Em outros termos, o que parece estar realmente em jogo para os defensores da atribuição de modelos econômicos (ou de partes deles) numa carta constitucional é impedir que as "maiorias temporárias" alterem o fio condutor de um dado modelo. O resultado líquido de uma tal incompreensão do papel de uma constituição é o congelamento de uma determinada economia. Ou, pelo menos, a dificuldade em sua alteração.

Isto fica claro quando se percebe que, apesar da concepção do papel econômico da constituição que diferentes pessoas podem ter, todos concordam que, consolidando-a em um tipo de lei (constituição), seria mais difícil modificá-la, mesmo que eventualmente aqueles que apoiem um determinado modelo econômico sejam reduzidos a uma minoria.

Em outras palavras, podemos ter diferentes compreensões do que é uma constituição, mas há em comum, seja em uma Constituição bolivariana, seja em uma Constituição neoliberal, a busca pela invariabilidade. A pura permanência que a Constituição tipicamente objetiva.

8. Bibliografia

BEARD, Charles. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: Free Press, 1965 (New York: Macmillan, 1913).

CORREA SUTIL, Jorge. ¿Ha llegado la hora de una nueva Constitución?. **Anuario de Derecho Público 2013**. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2013.

COUSO, Javier. Las democracias radicales y el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’. In: **Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos**. Massachussets: Libreria y SELA-Yale Law School, 2014.

DICEY, A. V. **Comparative Constitutionalism**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HUNEEUS, Jorge. **La Constitución ante el Congreso**. Primera parte. Santiago: Imprenta Cervantes, 1890.

KENS, Paul. **Lochner v. New York: Economic Regulation on Trial**. Kansas City: University Press of Kansas, 1998.

LANDAU, David. Los derechos socioeconómicos sin transformación social en América latina: la teorización de los tribunales favorables a las ideas mayoritarias en la sociedad. In: BONILLA, Daniel (Ed.). **El constitucionalismo en el continente americano**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de Los Andes, 2016.

MARX, Karl. **Economic and Philosophic Manuscripts of 1844**. Moscow: Progress Publishers, 1959.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **Una Crítica al Derecho Tradicional**. Santiago: Ediciones del Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar, 1993.

PROUDHON, Pierre-Joseph; LANGLOIS, Amédée Jérôme. **What is property: an inquiry into the principle of right and of government**, Volume 1. Franklin Classics, 2018.

SHAPIRO, Martin. The Supreme Court's ‘Return’ to Economic Regulation. **Studies in American Political Development**, Cambridge, 1, p. 91-141, 1986.

SUNSTEIN, Cass. **Free Markets and Social Justice**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

VÁSQUEZ, Rodolfo. **Consenso socialdemócrata y constitucionalismo**. Ciudad de Mexico: ITAM / Fontmara, 2012.

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

YAMIN, Alicia; PARRA-VERA, Oscar; GIANELLA, Camila. Colombia: la protección judicial del derecho a la salud. ¿Una promesa difícil de cumplir?. In: YAMIN, Alicia; GLOPPEN, Siri (Eds.), **La lucha por los derechos de la salud**. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio? Ciudad de Mexico: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2013.

YOUNG, Katherine. **Constituting Economic and Social Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2012.