

## O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM DESAFIO AOS DIREITOS HUMANOS PARA UM CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR

*Ana Lélis de Oliveira Garbim<sup>1\*</sup>*

### RESUMO

O artigo tem como objetivo discutir questões ligadas à evolução do constitucionalismo latino-americano e sua história, especialmente, nas últimas décadas onde as questões relacionadas aos direitos humanos impactaram decisões políticas em um cenário de muitos desafios aos povos latinos. Diante disso, utilizando-se das ideias e obra de Roberto Gargarella, este desenvolveu um conceito que aponta como um grande desafio para a emancipação, tanto por parte do constitucionalismo latino-americano, quanto das questões sociais que circundam a temática, intimamente relacionados, pois não há solução para os Estados locais que não passe pela construção de um sistema constitucional com soluções e conceitos que, além de representar a vontade do povo, impulse sua emancipação, equalizada com as propostas políticas e formas de governo locais, mas que como bem referenda ou autor mencionado, é preciso que o acesso à “sala de máquinas” das constituições regionais, contem com a devida representatividade e participação popular. Neste sentido, a discussão proposta ainda traz como forma de reflexão, a apresentação do conceito sobre o constitucionalismo transformador, relacionado diretamente à atuação do Sistema Internacional de Direitos Humanos, como uma possível saída aos problemas locais quando utilizados, em especial análise, por parte das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como um norte aos desafios sociais e de consolidação da democracia na América Latina.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Constitucionalismo transformador; Constitucionalismo latino-americano.

### ABSTRACT

The article aims to discuss issues related to the evolution of Latin American constitutionalism and its history, especially in recent decades, where issues related to human rights have impacted political decisions in a scenario of many challenges for the Latin peoples. In view of this, using the ideas and work of Roberto Gargarella, he developed a concept that he points out as a great challenge for emancipation both on the part of Latin American constitutionalism and the social issues surrounding the subject, which are closely related, since there is no solution for local States that does not involve the construction of a constitutional system free of solutions and concepts that, in addition to representing the will of the people, promotes their emancipation, equalized with local political proposals and forms of government. However, as the aforementioned author rightly points out, access to the “engine room” of regional constitutions must have due representation and popular participation. In this sense, the proposed discussion also brings as a form of reflection, the presentation of the concept of transformative constitutionalism, directly related to the action of the International Human Rights System, as a possible solution to local problems when used, in particular analysis, by part of the decisions

---

<sup>1</sup> Doutoranda pelo PPG em Direito da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP/FRANCA.

of the Inter-American Court of Human Rights as a guide to social challenges and the consolidation of democracy in Latin America.

**Keywords:** Human rights; Transformative constitutionalism; Latin American constitutionalism.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo com a perspectiva da obra de Roberto Gargarella (2014) faz uma análise sobre a permanência da democracia e da construção de direitos humanos latino-americanos ao longo de 200 anos de história e, por consequência, a construção do constitucionalismo nos países do hemisfério sul, tal como seu desnivelamento diante de desafios como as apropriações indevidas de poder, a desigualdade e exclusão social frente às novas propostas constitucionais e desafios evidentes aos tempos modernos, ao tentar criar processos mais amplos e democráticos para seu povo e sua região.

A experiência latina parte de referências, usualmente, advindas do hemisfério norte, considerando-se as revoluções burguesas e, assim, pouco explora-se a história do constitucionalismo latino-americano para entender sua construção e futuro, faz-se aqui uma referência expressa aos cursos de direito que não apresentam disciplinas específicas sobre o tema, o que se reserva uma crítica pontual quanto a processos de criação de identidade de um povo para prática e exercício de direitos fundamentais e para a busca efetividades desses direitos.

Importante destacar, pois o constitucionalismo é um movimento que traduz uma luta política e ideológica, trata-se exatamente da limitação à arbitrariedade estatal como instrumento de proteção e salvaguarda dos direitos humanos. Portanto, tais debates passam por temas como o papel das Constituições, a identificação dos valores e os fins constitucionais e desenvolvimento da ciência do Direito, especificamente neste caso, do Direito Constitucional, para então compreender aspectos de uma teoria geral como também, os pressupostos de formação de uma dogmática própria.

Assim, ressalta-se que na construção de uma referência latino-americana deixou-se de lado as peculiaridades e especificidades dos povos nascidos nesta parte do globo terrestre, provocando inúmeras rupturas institucionais e na materialização dos direitos fundamentais destinados às realidades desta população.

Os processos constituintes latino-americanos foram forjados a permanecerem a favor da manutenção das oligarquias impostas pelas mesmas revoluções burguesas que gritavam por

mudanças, mas neste lado do hemisfério, o que se observa é um sistema criado para impedir que as rupturas, com parâmetros das premissas estrangeiras de liberdade e emancipação, não sejam instaladas, sendo que as conquistas ficam sempre comprometidas com projetos de poder ou de dominação, os quais aprisionam os ideais de um povo, evidentemente.

No Brasil, por exemplo, o povo não é o protagonista das grandes mudanças institucionais, pois a criação do Estado precede à sociedade civil, o que levou a um processo de imposição e demonstração de força que só acentuou desigualdades extremas e abusos em todas as esferas sociais, especialmente, daqueles mais distantes dos espaços de discussão.

Há que se observar, em especial, que o processo de independência no Brasil foi conduzido por um representante da própria família real portuguesa. Destaca Marcelo Neves (2018) que o “constitucionalismo” não se afirmou por aqui, ao contrário de como se deu na Europa, em oposição ao “absolutismo”, mas “sobretudo [como] uma expressão do anticolonialismo”: “[...] ao contrário do que ocorreu na experiência norte-americana, o rompimento jurídico-político brasileiro com a dominação portuguesa (1822) de modo algum teve como consequência a formação de um Estado “soberano”, na qualidade de um sistema político que se reproduz autopoieticamente no interior de determinadas fronteiras territoriais.

A amplitude da temática que precede ao constitucionalismo e toda construção em torno do tema, demanda uma classificação, não temporal, o que nem sempre se tem com precisão quando se deu um fato ou outro, mas deve-se considerar referências históricas que clarificam a ideia dessa evolução no enfrentamento das diferenças de um povo e sua permanente discussão dos processos de construção da sociedade, a qual deve ser pautada pela liberdade e pelo respeito à dignidade humana como fundamento desse sistema constitucional.

Sem deixar de lado as mazelas latino-americanas, após a debandada espanhola e portuguesa do continente e o surgimento dos Estados nacionais, o constitucionalismo na região teve como referência a experiência francesa, mas que foi se adaptando às tradições locais. Em um ambiente negando o regime monarquista, à exceção do Brasil, formalmente, tomou-se um desenho republicano, calcado na separação de poderes e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Torres Iriarte enfatiza que é inegável que os primeiros textos constitucionais estão vinculados ao espírito do liberalismo do século XVII, imbuídos da crise do absolutismo e as explosões das revoluções burguesas. A Declaração Francesa de Direitos Humanos preparou o terreno para uma nova subjetividade onde a pessoa se converte em cidadão, deixando de ser súdito. Os polêmicos livros dos enciclopedistas franceses, em especial os de Rousseau,

Voltaire, Helvecio e Diderot, eram traduzidos, discutidos e interpretados por intelectuais como Mariano Moreno na Argentina e Antonio Nariño na Colômbia.<sup>i</sup>

Neste sentido, nessa América em formação, as primeiras constituições foram a de Haiti de 09.05.1801; a de Venezuela, de 02.12.1811; Quito, de 15.02.1812 e a do Apatzingán, no México, de 22.10.1814. Torres Iriarte concede um merecido destaque à Constituição haitiana, proclamada pela liderança revolucionária e afrodescendente Toussaint de Louverture, quando ainda o país era colônia francesa, não só porque reconhecia a independência, mas também porque declarou a liberdade dos escravos e o fim da servidão.

A Constituição mexicana proclamada por Jose Maria Morelos como “Sentimentos da Nação” consagrou a soberania popular, a liberdade, a igualdade e a separação dos poderes.

Ainda, o pensamento constitucional de Bolívar, tornou-se importante para a procura da unidade subcontinental, entretanto o projeto foi entorpecido e vencido pelas oligarquias que preferiam pedaços territoriais liderados por seus caudilhos para o exercício de livre comércio e sem prestar contas a poderes centrais.

Nesta América Latina que despontou num novo cenário de estruturação estatal, se percebe nas elites uma ausência de cultura política que se pautou por uma cooperação construtiva, buscando-se com isso uma sanha por um desenvolvimento econômico ligado à distribuição de riquezas neste momento pós-independência. Em contraponto, ao invés de se buscar o desenvolvimento das instituições abertas à inclusão e à cidadania, preferiu-se a permanência da violência, seja pela carência do Estado abandonando à própria sorte a população, seja pela agressão dos agentes estatais, expondo a falta de compromisso desde sempre com a dignidade humana, o que se fez permanente ao longo da história do povo latino-americano.

No Brasil, citando-se um exemplo, diga-se vergonhoso, a abolição da escravatura somente ocorre em 1888 pela Princesa Isabel, um fenômeno que ainda custa muito à nação brasileira, diante de tantos abusos que refletem na realidade atual em muitas formas de preconceitos e violências que ainda não foram extirpadas da sociedade.

O resultado dessa evolução, foi um Constitucionalismo pouco criativo, uma mistura do sistema europeu e americano, porém incapaz de responder às dificuldades e incertezas típicas de sociedades que se formam sob a mescla da insegurança e dependência permanente de outros países. Nestes casos, a Constituição cumpria ou “cumpre” um papel formal para estruturação da sociedade, enquanto a elaboração de códigos e leis cumpriam com o objetivo

de expansão do capital de poucas famílias abastadas, assegurando que nada seria tomado destes.

O contexto ora apresentado é necessário em relação a mínima exposição histórica da construção latino-americana e seu Constitucionalismo estampado na trajetória acima exposta, cercada de contradições e desafios impostos até hoje.

E, desta forma, com uma análise estabelecida através da obra de Roberto Gargarella (2014) a ideia central deste autor é explorar os 200 anos de história constitucional latino-americana (1810-2010), em primeiro momento perfazendo uma parte descritiva e depois uma parte normativa contidas em suas considerações, após apontar criticamente em termos de matéria constitucional, neste amplo espaço de tempo, qual foi a construção desenvolvida e quais as consequências, especialmente, nas últimas décadas.

O autor divide seu trabalho em três partes: a primeira que cuida do constitucionalismo que surge logo após a independência com três modelos principais após 1810: o liberal, o conservador e o republicano. Ainda, define o constitucionalismo de fusão – entre o projeto liberal e o conservador – em meados do século XIX; na segunda parte, debruça-se sobre o constitucionalismo social que se desenvolveu em reflexo às crises econômica e política no início do século XX e, finalmente, um olhar sobre um constitucionalismo novo surgido ao término do século XX.

Há que se fazer uma especial observação na abordagem de Roberto Gargarella (2014) sobre a chegada do Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua influência no direito interno, tema que se relaciona intimamente com o constitucionalismo, reconhecendo-se que há normas e tribunais internacionais capazes de impor desafios por meio de decisões tomadas pelas autoridades políticas e judiciais internas. Ainda que tal fenômeno, o sistema internacional, existisse antes das últimas décadas, neste novo momento, assume posturas muito além dos acordos internacionais para incorporar os tratados de direitos humanos como normas constitucionais, o que obrigou uma nova postura sobre a vida pública da América Latina.

Portanto, os desafios deste novo tempo, são consideráveis, pois é preciso traçar-se uma harmonia entre as vontades políticas e as necessidades sociais que demandam a população, considerando-se os movimentos que ainda guardam traços de autoritarismos, mesclados por uma guerra capitalista excludente em sua essência. Há que se avançar sobre a sala de máquinas<sup>ii</sup> das Constituições locais para que essas feridas sejam abrandadas, talvez nunca curadas.

A metodologia aplicada neste artigo, utilizou como método de procedimento o levantamento de dados por meio de pesquisa bibliográfica em materiais publicados (livros,

legislação, artigos científicos, matérias publicadas em sítios eletrônicos, entre outros) e, como método de abordagem, adota-se o método dedutivo (LAMY, 2011).

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 O constitucionalismo social: construindo a história latino-americana moderna

Em atenção aos fatos históricos, ao se falar no Constitucionalismo da contemporaneidade parece unânime que o ponto de partida é o período posterior ao final da Segunda Guerra<sup>iii</sup>. Nele tiveram nascimento os textos constitucionais de Itália (1947) e Alemanha (1949); posteriormente encontramos as Cartas de Portugal (1976) e Espanha (1978). Na América Latina, com um impacto importante dessas referências europeias, são mencionados como exemplos de um Constitucionalismo renovado, os textos normativos mais recentes surgidos a partir do final da década de 80.

Dito isso, é preciso destacar as três concepções que se estabeleceram na América Latina após a independência, resumidamente: uma posição que tendeu ao autogoverno, ainda que sacrificada a autonomia individual (republicanismo); outra que privilegiou o ideal da autonomia individual, sob o custo de estabelecer limitações sobre o autogoverno (o liberalismo); e uma terceira, que em respeito a valores supraindividuais e extracomunitários aceitou desafiar ambos ideais (o conservadorismo) (GARGARELLA, 2011).

Em que pese a importância de se discutir os processos de formação e todas as fases e movimentos que se impuseram à América Latina, processos esses que navegaram entre posturas autoritárias, conservadoras e modelos liberais, o objetivo do artigo é se ater ao movimento do Constitucionalismo Social, neste momento, que desponta no início do século XX, especialmente, pelo movimento reformista que aconteceu em primeiro momento em meados do século citado e , o segundo, já nas últimas décadas atuais, especialmente, mencionando-se a influência da sanção da Constituição do México (1917) e da Constituição da República de Weimar (1919), além do surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT,1919) e o paulatino crescimento do chamado Estado do Bem-estar e da visão econômica keynesiana<sup>iv</sup>.

Os reclamos sociais que primeiro integraram as constituições locais foram a do Brasil (1937), Bolívia (1938) Cuba (1940), Equador (1945), Argentina (1949) e Costa Rica (1949) em especial citação. Em tais textos vieram discussões como os direitos dos trabalhadores e suas

condições de trabalho, previdência social, compromissos estatais com moradia, saúde e educação, proteção da família, proteção à crianças e idosos, organizações sindicais, direito de greve e os convênios coletivos de trabalho, proteção contra demissões arbitrárias, menções sobre seguro desemprego entre outras discussões que, abertamente, tratavam de temas sociais de grande relevância e o que viria incomodar estratos sociais específicos sendo que, o sistema político, não se viu devidamente preparado para o que surgia.

Por exemplo, na Convenção da Aguascalientes – cujo grande antecedente era a Convenção de Querétro<sup>v</sup>, escutou-se os reclamos dos marginalizados na voz de Paulo Martínez, reivindicando “terra, liberdade e justiça”. Tais reclamos eram justificáveis, de acordo com Martínez, porque “não é apenas disparando projéteis nos campos de batalha que são barradas as tiranias” (SAYEG HELÚ, 1974).

Em razão de movimentos revolucionários, influenciando a construção de um constitucionalismo que se aproximasse desses ideais, influenciado fortemente pela Constituição do México (1917), mas acompanhado de forte violência política e autoritarismo, os quais marcam a história latino-americana, experimentando-se uma nova esperança com o modelo que nascia, mas que foi alternado com formas de um presidencialismo atenuado que surgia em reação ao poder absolutista que declinava.

Um especial destaque se faz ao Brasil e Argentina, que buscaram saídas semelhantes para os desafios, experimentaram no momento das guerras mundiais, a substituição de suas importações, combinado ao Estado regulamentador e industrialista, a sua luta contra o esquerdismo em defesa do seu suposto nacionalismo, em contraponto, atravessados pela busca de apoio nas massas de trabalhadores, com a pretensão de sentar-se à mesa de negociações pautando os grandes “interesses” da nação com o empresariado nacional, sindicatos e o Estado. Assim, mesmo à vista de conflitos, surge um momento de debates entre as instituições e a classe trabalhadora que acabaram permeando as decisões políticas do momento.

Em relação ao Brasil é preciso explorar-se o legado do governo Vargas mencionando-se a inovadora Constituição de 1934, estabelecendo-se uma ruptura significativa no que era a tradição político constitucional brasileira (BERCOVICI, 2009), seguida da Constituição de 1937, que acompanha a chegada do Estado Novo, e contribuiu, exatamente, com o fortalecimento do Poder Executivo, ou seja, o próprio Vargas. Neste caso, apesar das consequências políticas, é preciso reconhecer de modo positivo a concessão do voto feminino e a menção aos povos indígenas, mesmo sob o comando da Constituição de 1937 a “Carta

Polaca”, que assumiu um perfil das constituições da Polônia de 1935 e do Estado Novo português de 1933.

Esta nova proposta constitucional brasileira, se consolida pelo viés autoritário evidenciando um fortalecimento de poderes do Presidente com um caráter notadamente centralizador e antifederal (LOPES, 2088). Em todo caso, ela mantém a maioria das cláusulas da anterior (1934), salvo o direito de greve, que fora considerado pela própria Constituição (artigo 139) como “antissocial” (BERCOVICI, 2008).

Segundo Roberto Gargarella, destacando-se Brasil e Argentina na experiência latino-americana, o autor aponta que os dois países passaram para a história do constitucionalismo pela combinação que expressaram entre o inovador, o enfático compromisso social e um regime político cada vez mais centralizado.

Ainda, quanto aos desafios a serem enfrentados, lembra Roberto Gargarella, que o Constitucionalismo no final do século XX foi muito impactado pelos dois fatos históricos mais significativos na época: a visível crise política e de direitos humanos, derivada do avanço de ditaduras e governos autoritários em torno dos anos de 1970 mais a crise econômica relacionada com aplicação de programas de ajuste estrutural característicos dos anos 1990, onde se observa reformas oportunistas em favor de reeleições e de soluções de curto prazo, como em vários momentos do cotidiano brasileiro, por exemplo.

Ademais, crises econômicas evidenciadas pela experiência latina que abalaram e abalam, sistematicamente, as conquistas sociais do hemisfério sul, apontam para diversas instabilidades que corrói as democracias ao redor do continente, destruindo conquistas civilizatórias de extrema importância.

Assim, uma realidade que oscilou entre conquistas e recuos em diversos setores, demonstram a fragilidade da proteção a direitos fundamentais provocados pela instabilidade política constante, seja por heranças do passado mal resolvido, seja por violências e opressões que de modo sutil operam silenciosamente nas engrenagens do país contaminando a afirmação de direitos e conquistas sociais ligados às especificidades de cada povo dentro do continente.

## **2.2. Um novo constitucionalismo para a América Latina e a busca por direitos humanos**

O nosso tempo mudou, enfrentamos problemas para a construção da cidadania e da democracia em sua essência e, sem democracia, não temos cidadania, que para além da

instabilidade política vivenciada na América Latina, o que inviabiliza os processos de inclusão do povo, especialmente, em países periféricos desta região do mundo.

O Constitucionalismo da contemporaneidade se projeta assumindo que a dignidade da pessoa humana constitui matriz dos direitos fundamentais, tanto no plano subjetivo – possibilidade do ser humano realizar escolhas dentro de um cenário de liberdade – como no objetivo – condição derivada da satisfação de necessidades mínimas a permitir o pleno desenvolvimento da sua potencialidade como ser humano.

A economia de mercado e a democracia liberal, são uma opção econômica e política, não são fenômenos naturais, mas construções humanas. Não há como alicerçar o sucesso do Constitucionalismo ou dos direitos fundamentais a essas opções, pois a sustentação de ambos se encontra na valorização do ser humano, em sentido universal.

Ao mencionar a experiência brasileira como a Constituição de 1988, um marco de mudanças para o povo brasileiro, que veio reforçada de um presidencialismo marcado com heranças da ditadura militar, mas era um documento que se diferenciava do anterior com muita clareza (LIMONGI, 2008).

De todo modo, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 surge como um recomeço, uma nova história, trazendo um amplo conjunto de direitos fundamentais sem precedentes no país, não somente pelo passado recente de arbitrariedades e violência do Estado, mas também pela remota história marcada pela desigualdade e colonialidade.

Fica evidente a influência do poder militar sobre o constitucionalismo que vinha surgindo, o que fez surgir inúmeras questões, especialmente, um desafio permanente em como esse mesmo constitucionalismo pode enfrentar as instabilidades políticas sem rupturas, pois testemunha-se a constante chegada de governos autoritários e violações de direitos humanos, referenciando-se ainda o exemplo brasileiro.

As novas Constituições surgem trazendo conceitos de ideais reformistas, como por exemplo, o status supralegal de compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, mas os programas de ajustes econômicos com extremas medidas de contenção de gastos, que viriam atingir as conquistas sociais, impactaram os espaços políticos e suas decisões, marcando o surgimento de um constitucionalismo de caráter popular e social, desestabilizando-se os pactos firmados.

A análise até o momento traz reflexões no sentido do quão frágil e limitada foram as tentativas de reforma nos processos constitucionais do hemisfério sul, os que trabalharam neste

propósito, ou não puderam ou não quiseram, chegar tão longe, de modo que se assegurasse uma potência transformadora aos movimentos de mudanças.

Desse modo, segundo Roberto Gargarella (2014), os constituintes tenderam a deixar “intocada” a “sala de máquinas” da constituição, isto é, a área da constituição na qual se define como será o processo de tomada de decisões democráticas.

As portas da “sala de máquinas” ficaram fechadas com cadeado, como se o tratamento dos aspectos relacionados à organização do poder apenas pudesse ficar a cargo dos grupos mais afins, ou mais diretamente vinculados ao poder dominante<sup>vi</sup> (GARGARELA; 2017).

No entanto, reconhece-se que modificações importantes aconteceram e mira-se na potência do poder popular em provocar o sistema, mas não se pode desconsiderar a resistência institucional enorme às mudanças sociais, colocando-se a Constituição local em colapsos recorrentes, permitindo-se que as engrenagens do poder sejam movidas por poucos, mesmo diante das importantes mudanças sociais, a opressão insiste em resistir aos novos ventos de estabilidade, liberdade e dignidade humana para todos.

### 2.3 Um Constitucionalismo transformador para a América Latina

O constitucionalismo transformador é um movimento constitucional nascido dos processos de transição de períodos autoritários para democracias constitucionais, estruturado em um *judicial review* contido pela força normativa da constituição, de um lado, e impulsionado pela promoção de inclusão social e contenção da violência de Estado, de outro<sup>vii</sup>.

Segundo Bogdandy (2019), o constitucionalismo transformador, é uma proposta para provocar mudanças sociais profundas na interpretação da norma constitucional, no sentido de não somente promover modificações, mas proteger direitos fundamentais, que é objetivo constitucional.

Em nosso tempo diversos movimentos têm modelado a paisagem contemporânea do direito constitucional e possibilitado a formação de um cenário (des)construído, fomentado por movimentos críticos, notadamente do constitucionalismo periférico que contrasta com o constitucional moderno. Esse panorama decorre da dificuldade que o discurso constitucional vigente encontra para tornar reais as suas demandas (FACHIN; OLSEN, 2022)<sup>viii</sup>.

O avançar sobre a sala de máquinas da Constituição, segundo conceito de Roberto Gargarella, implica mexer em liberdades políticas, ou melhor, não manipular as capacidades das minorias, o que implicaria em emancipação e, portanto, tomada de decisões em relação aos

rumos do Estado. Os mais conservadores e políticos de ocasião, nunca foram simpáticos a esse modelo de desenvolvimento.

Obviamente, o poder exige acordos, ajustes entre si e, tais ajustes, podem ou não trazer emancipação, mas os que estão, momentaneamente, ou não, no controle da sala das máquinas, onde a organização do poder acontece, continua restrita a poucas e seletas personalidades, perceptível na situação dos arranjos políticos em países latino-americanos.

Uma significativa mudança nas últimas décadas foi a chegada do direito internacional de direitos humanos, que se liga profundamente ao constitucionalismo e seu desenvolvimento. O reconhecimento de normas e tribunais internacionais desafiam as decisões tomadas por autoridades políticas e mesmo judiciais locais.

E tais reconhecimentos, ainda que discutíveis sua execução, traz em sua essência esperança de mudança e de posicionamentos dentro dos poderes constituídos e das instituições que orbitam neste sistema, e que seja em favor da sua população e contra as diversas formas de sequestro de direitos fundamentais e da formação da cidadania.

A proposta internacional já existia, não é uma novidade, mas houve um significativo progresso das questões ligadas ao direito regional, de acordo com cada parte do globo, onde, no passado, as questões ficavam restritas a acordos entre países, sob a alegação de que não poderia ocorrer contrariedades à ordem constitucional local. Assim, havia um claro esvaziamento do direito internacional, impondo vista grossa aos desafios locais do povo, um exemplo bastante significativo, tem-se com os povos originários, sempre afastados de qualquer decisão que os incluísse ou que pudessem reivindicar representatividade nos espaços de poder.

O quadro que se coloca acima, tem uma mudança de posturas no final do século XX, onde as autoridades demonstraram-se cada vez mais abertas às normas de direito internacional e o pensamento sobre questões profundas de desigualdade e exclusão social, aparecem nas pautas de discussão, o que obrigou autoridades políticas abrirem os olhos por respeito ao ordenamento internacional.

O fenômeno provoca novas formas de incorporação dessa proposta internacional, especialmente, aquelas relacionadas aos direitos humanos, modificando Constituições locais na forma de recepção dessas novas diretrizes internacionais, a exemplo brasileiro, a Constituição refere-se à existência de direitos não numerados, dentre os quais estão relacionados princípios e tratados internacionais que o Brasil faça parte.

Um dos casos mais emblemáticos ocorridos na América Latina, entre muitas situações, foi o julgamento do General Augusto Pinochet, que obrigou uma rápida ação para punição dos

responsáveis por violações em massa de direitos humanos no Chile, mas uma crítica ao sistema de apuração se mostrou relevante, especialmente, quando o sistema judicial é utilizado como meio para proteger aqueles que cometem atrocidades contra a humanidade, conforme citação abaixo:

Até esse momento, os responsáveis por tais abusos eram beneficiados por uma aproximação do direito que se tornava, fundamentalmente, dogmática, positivista, vista no pior sentido, além de conservadora, por parte da justiça. Um dramático exemplo a esse respeito foi dado pelo Tribunal Superior do Chile, quando respondendo às fortes críticas que recebia por sua escassa proteção dos direitos humanos durante a vigência do regime de Pinochet, declarou-se que o Tribunal deveria se ocupar da aplicação “restrita” do direito (naquele momento o direito do regime) em vez de apelar para a “princípios gerais da moralidade ou do direito” (CORREA SUTIL, 1993).

Portanto, torna-se uma realidade o peso das normas internacionais expedidas por órgãos e Tribunais do Sistema Internacional, o que agrega, de certo modo, uma complexidade ao direito latino-americano, pois não deve ser desconsiderado, problemas de legitimidade causadas por princípios de conteúdos imprecisos em sistemas locais com credenciais democráticas muito frágeis.

Há uma referência, segundo Roberto Gargarella (2014), especialmente importante, que é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois reflete nas decisões locais inúmeras inseguranças, segundo o autor, que faz uma crítica expressa à questão da representativa dos juízes nesse Tribunal, apontando como uma fragilidade a cidadania latino-americana combinada à distante possibilidade de diálogo desta cidadania entre seus legítimos representantes ou mesmo desafiar de suas decisões, pondo em cheque o valor da representatividade democrática desses juízes junto à Corte Interamericana, escolhidos por uma indicação política.

De todo o modo, é preciso esclarecer a posição do autor acima mencionado:

O anteriormente dito não implica, em absoluto, negar a autoridade de órgãos internacionais com *algum grau*, não irrelevante, de legitimidade democrática. Muito menos, quanto o direito que se impugna é o que foi aprovado ou o que foi aplicado, por regimes não democráticos (como as ditaduras argentinas e chilena) ou muito fragilmente democráticos (como Peru, da era de Alberto Fujimori, após o encerramento do Congresso peruano). A pergunta, em todo o caso, remete-nos a como integrar essas cruciais novidades do direito, em conversa democrática que tenha os próprios cidadãos como personagens principais (GARGARELLA, 2017)<sup>ix</sup>.

A pergunta que se apresenta é como será a mudança na “sala de máquinas”? Diante de um cenário em que os poderes potencialmente afetados por mudanças, tendem a endurecer em suas posições e nas alternativas em favor das camadas mais desfavorecidas, onde respostas simples e fáceis não existem e, assim, solidificar processos democráticos amparados por um constitucionalismo que acompanhe evoluções e enfrente desafios humanitários expressivos.

Em tenso debate sobre os rumos do constitucionalismo latino-americano Roberto Gargarella (2014), é um crítico ao movimento denominado constitucionalismo transformador, tal defesa fia-se na condição regional de muitos ataques e desafios constantes aos sistemas constitucionais locais. As cartas constitucionais existentes no continente herdaram essa tradição, sendo ainda fortemente marcadas pelas violações de direitos humanos decorrentes de ditaduras militares nos anos 60, 70 e 80 e pelas crises sociais decorrentes da popularização do neoliberalismo na região nos anos subsequentes (Gargarella, 2013).

O fenômeno do constitucionalismo transformador é um projeto que tem por objetivo o cumprimento das promessas centrais das constituições, especialmente em relação à garantia de direitos humanos, à implementação da democracia e do estado de direito. É transformador na medida em que promove a concretização dessas promessas em regiões em que elas ainda não estão consolidadas. A transformação que busca se realiza por meio da atribuição de força normativa às normas constitucionais. O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) que é uma abordagem regional do constitucionalismo transformador, referenciada na experiência transformadora dessa região.

Constitucionalismo transformador e o ICCAL partem da compreensão de que os países que integram a América Latina têm uma história e uma cultura compartilhadas, e problemas semelhantes que permitem a construção de um projeto comum quanto ao desenvolvimento do direito constitucional. Esses países são antigas colônias portuguesa e espanholas. Como já mencionado, a grande maioria viveu sob governos autoritários por muitos anos, experimentou ou experimenta grande concentração de poderes no Executivo (hiperpresidencialismo) e não ajustou suas estruturas de poder às necessidades de transformação social<sup>x</sup>.

O termo tem sido utilizado para referir-se a uma variedade específica de constitucionalismo transformador nos países latino-americanos, que encontra em decisões do sistema interamericano e a proteção a direitos humanos, um de seus principais motores, talvez aqui possa ser encontrada uma solução para o acesso à sala de máquinas que na visão de

Roberto Gargarella é o maior problema para transformações expressivas e com significados reais.

Em sua dimensão teórica, a adoção e fortalecimento do ICCAL passa pelo esforço em abandonar as três ideologias formadoras do constitucionalismo latino-americano, ou seja, o conservadorismo, o liberalismo e o radicalismo (Von Bogdandy, 2015)<sup>xi</sup>.

Em uma dimensão metodológica, envolve esforços em matéria de direito constitucional comparativo para, colocando a garantia de direitos como preocupação última do direito constitucional e adotando caráter incremental no tempo, observar a evolução desse constitucionalismo nos diferentes países e suas diferentes experiências, interagindo com um sistema supranacional, para aprimorar e corrigir experiências domésticas (Von Bogdandy 2015).

Em uma dimensão prática, sugere preocupação concomitante com o direito positivo (localizada em suas constituições transformadoras); com o discurso jurídico sobre esse mesmo direito por juristas da região (Von Bongdandy, 2015); e com uma jurisprudência doméstica que reconheça os direitos estabelecidos por essas constituições em sua dimensão conceitual e enquanto prática coletiva (e não em sentenças contemplando indivíduos), assim como pelo reconhecimento judicial de cláusulas e entendimentos que permitam abertura à internacionalização.

O tema tem sua complexidade, obviamente, pois há que se esperar uma reação conjunta de vários agentes na execução desta formatação de um novo constitucionalismo, pautando-se nessa experiência transformadora de compartilhamento de decisões internacionais ajustadas às causas locais.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível concluir que tanto constitucionalismo, quanto direitos humanos são campos de tensões políticas e objetos de permanente disputa.

Entretanto, sobre o cenário da atualidade que envolve diretamente os dois campos do direito, é preciso entender a evolução histórica do constitucionalismo latino-americano, como aqui foi proposto, longe de se esgotar o tema, pois acima descrito, é um campo de tensões constantes, mais o entendimento do fenômeno jurídico a partir da centralidade da obra de Roberto Gargarella, onde expressa os aspectos da luta da América Latina por um constitucionalismo regional, o qual abriga as peculiaridades locais, foi um dos pontos

analisados, utilizando-se a ideia do autor de que a “sala de máquinas” da Constituição precisa permitir o acesso das pautas populares ao seu centro de poder.

Como foi observado, em 200 anos de história do constitucionalismo latino, entre tantas lutas, opressões, desigualdades e autoritarismos, os povos dessa região sobreviveram e se organizaram politicamente em meio a tantos e diversos desafios, mas não houve um fortalecimento de proposições em favor desse mesmo povo e suas específicas características culturais.

O Constitucionalismo da contemporaneidade se projeta para o futuro, queiram ou não, assumindo que a dignidade da pessoa humana constitui matriz dos direitos fundamentais, tanto no plano subjetivo – possibilidade do ser humano realizar escolhas dentro de um cenário de liberdade – como no objetivo – condição derivada da satisfação de necessidades mínimas a permitir o pleno desenvolvimento de sua potencialidade como ser humano.

Neste sentido, analisando-se alternativas que alcancem esses ideais, veio a proposta de se pensar em um Constitucionalismo transformador, mas também é necessário identificar se esse instituto está incorporado nas práticas e discursos jurídicos deste momento.

Em relação ao Brasil há um meio do caminho em relação a essa nova proposta, haja vista decisões importantes lançadas pelo Supremo Tribunal Federal nas questões de reconhecimento de direitos humanos, decisões importantes e necessárias ao momento, elevando o país para o diálogo multinível que traz aproximação com os organismos internacionais, especialmente, no caso regional, o bloco latino-americano.

A defesa da aplicação do constitucionalismo transformador, defendido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por membros e estudiosos dedicados ao tema, é uma questão que coloca em xeque os papéis de Estados membros, pois estes continuam a reproduzir estereótipos calcados em preconceitos e violências em seus vários formatos, inclusive institucionais.

Sobretudo, é preciso reconhecer, ainda que se compreenda a profundidade dos desafios a serem traspostos, mas esta proposta pode ser significativa e simbólica em relação ao reconhecimento de direitos coletivos aos processos de mudanças, especialmente, mirando órgãos no centro do poder do Estado, exercendo um movimento dialógico entre a Corte Interamericana e os poderes constituídos, utilizando-se da Constituição e dos movimentos de evolução do constitucionalismo, como agentes transformadores de fato e não apenas como um fenômeno estático e sem sentido, perpetuando elites e retirando avanços sociais.

## REFERÊNCIAS

- BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.
- BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord). ***Ius Constitutionale Commune na América Latina***: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3.
- CORREA SUTIL, J. “The Judiciary and the Political System in Chile: The Dilemmas of Judicial Independence During the Transition to Democracy”. In: STOTZKY, Irwin (ed.). **Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary**. Boulder: Westview Press, 1993.
- GARGARELLA, Roberto. **Sala de máquinas de la Constitución: dos siglos del constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014.
- LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**: técnicas de investigação, argumentação e redação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LIMONGI, F. “O Poder Executivo na Constituição de 1988”. In: OLIVEN, R. et al. (orgs.). **A Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Hucitec, 2008.
- LOPES, J. L. **O direito na história**. São Paulo: Editorial Atlas, 2008.
- NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.
- NUNES, Vidal Serrano. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)**: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** – 7 ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- SAYEG HELÚ, J. **El constitucionalismo social mexicano**. 3 v. México: Edición de Cultura y Ciencia Política, 1974.
- TORRES IRIARTE, Alexander. **El contexto pre-independentista en Latinoamérica y el Caribe**. Prólogo à obra primeras Constituciones. Latinoamérica y Caribe. Nelson Chavez

## NOTAS TEXTUAIS

---

<sup>i</sup> TORRES IRIARTE, Alexander. El contexto pre-independentista en Latinoamérica y el Caribe. Prólogo à obra primeras Constituciones. Latinoamérica y Caribe, pp. IX – XXXI.

<sup>ii</sup> Nesse sentido, por exemplo, Rubio Lorente (Constitucionalismo. Temas de Direito Constitucional). Também Miguel Carbonell (Nuevos tiempos para el constitucionalismo. Neoconstitucionalismo(s), pp. 09- 12).

<sup>iii</sup> Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/3mSB3N9Bjt8RqxKMqmBYfwp/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 25/01/2023.

<sup>iv</sup> Disponível em: <https://anphlac.emnuvens.com.br/anphlac/article/view/2876/2479>. Acesso em 25/01/2023.

<sup>v</sup> Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

<sup>vi</sup> BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019, p. 232.

<sup>vii</sup> Revista CNJ – Edição Especial Mulheres e Justiça | Agosto de 2022 | ISSN 2525-45002.

<sup>viii</sup> Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

<sup>ix</sup> BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

<sup>x</sup> VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina. AJIL Unbound, v. 109, pp. 109-114, 2015.