

Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição*

Latin american constitutionalism: social rights and the “engine room” of the Constitution

Roberto Gargarella¹
Thiago Pádua²
Jefferson Guedes³

Resumo

Roberto Gargarella examina o panorama do Constitucionalismo Latino-Americano no período de 1810 à 2010, com ênfase particular no esforço realizado para assegurar a proteção ao multiculturalismo e aos direitos humanos no final do século XIX e início do século XXI. Gargarella inicia examinando o período fundacional do constitucionalismo Latino-Americano, um período marcado por compromissos entre liberais e conservadores. Ele prossegue discutindo o incremento da incorporação dos direitos sociais - primeiramente direitos econômicos e laborais - durante o início do século XX. Gargarella, então, discute a “onda” final de reformas, as quais introduziram um aumento da proteção dos direitos humanos na última metade do século XX e no início do século XXI. Gargarella conclui que as últimas “ondas” de reformas não foram longe o suficiente no avanço dos direitos humanos porque as reformas falharam em alcançar aquilo que Gargarella chama de “a sala de máquinas da Constituição”. A sala de máquinas consiste no poder de garantir provisões da constituição que determina a relativa autoridade dos atores governamentais. Gargarella argumenta que o empoderamento de inúmeros direitos adicionais nas Constituições da América-Latina é minado pela falha em reorganizar as estruturas de poder, assim como assegurar que esses novos direitos sejam implementados.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino-americano. Direitos Sociais. Sala de Máquinas da Constituição.

Abstract

Roberto Gargarella surveys the landscape of Latin American Constitutionalism from 1810 to 2010, with particular emphasis on efforts in the late twentieth and early twenty-first centuries to enhance protections of multiculturalism and human rights. Gargarella begins by surveying the “founding period” of Latin American constitutionalism, a period marked by compromise between liberals and conservatives. He proceeds to discuss the increasing incorporation of social rights—primarily economic and labor rights—during the early twentieth century. Gargarella then discusses a final wave of reforms, which introduced increasing human rights protections in the latter half of the twentieth century and the beginning of the twenty-first. Gargarella concludes that the latest wave of reforms did not go far enough in advancing human rights because the reforms failed to reach what Gargarella calls the “engine room of the constitution.” The engine room consists of the power-granting provisions of constitution that determine the relative authority of governmental actors. Gargarella contends that the enshrinement of several additional rights in Latin American constitutions is undermined by a failure to reorganize power structures so as to ensure that these new rights will be enforced.

Keywords: Latin American Constitutionalism. Social Rights. Engine Room of the Constitution.

A presente tradução foi autorizada pelo professor Roberto Gargarella, cuja publicação original se encontra a partir da seguinte fonte: Gargarella, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution,” *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*: Vol. 4: Iss. 1, Article 3, 2014”. Utilizamos o paradigma da contextualização, ao invés da tradução literal, além de influências de Gregory Rabassa sobre estilos e traduções, em seu livro famoso: *If This Be Treason: Translation and Its Dyscontents*.

Recebido em: 04/10/2016.

Aprovado em: 13/10/2016.

¹ Pós-Doutor em Direito (Balliol College, Oxford, 1994), Doutor em Direito pela Universidade de Buenos Aires (1987), Doutor em Jurisprudência (University of Chicago, 1993), Pesquisador da Biblioteca David sobre a Revolução Americana (University of Pennsylvania, 1993), Mestre em Ciência Política (Faculdade Latinoamericana de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1990), Bacharel em Direito pela Universidade de Buenos Aires (1987) e Graduado em Sociologia pela Universidade de Buenos Aires (1985). Advogado e Sociólogo. Pesquisador em Teoria Constitucional e Filosofia Política.

² Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito (UniCEUB). Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). Advogado.

³ Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Professor do PPG/Direito do UniCEUB (Mestrado e Doutorado). Advogado da União.

1 Constituições Liberais-Conservadoras (1850-1910)

A maioria dos países Latino-Americanos entrou no século XX com constituições liberais-conservadoras, para dizer com isso constituições que foram resultado de um acordo político entre liberais e conservadores⁴. A maioria desses acordos foram assinados na segunda metade do século XIX, ao tempo em que o liberalismo e o conservadorismo representavam as duas maiores forças políticas da região⁵. Seu acordo constitucional, entretanto, era inesperado, devido ao fato de os dois grupos terem aparecido como ardentes inimigos políticos durante a primeira metade do século⁶. O fato é que, após anos de severa disputa, os dois rivais dessas facções políticas começaram a unir forças e a forjar uma aliança que iria permanecer intacta durante as décadas seguintes⁷.

As Constituições que liberais e conservadores criaram durante esses anos apareceram como sínteses imperfeitas de aspirações legais de ambos os grupos. Mais especificamente, essas novas constituições refletiram, por um lado, o compromisso com um sistema de pesos e contrapesos e para declarar neutralidade - sobretudo tole-

rância religiosa - que caracterizou as aspirações do grupo liberal. Por outro lado, as constituições representaram o compromisso com um sistema de autoridade concentrada - centralização regional e perfeccionismo moral - que caracterizou as aspirações do grupo conservador. As novas Constituições, alguém poderia dizer, representaram uma combinação da Constituição dos Estados Unidos, que foi a seu tempo muito influente entre os liberais, e a Constituição Chilena de 1833, que representou a Constituição de maior influência conservadora durante o século XIX⁸.

Sinteticamente falando, essas foram Constituições que estabeleceram tolerância religiosa sem necessariamente afirmarem neutralidade estatal⁹; definiram um sistema de freios e contrapesos, que foi, entretanto, parcialmente desequilibrado em favor do presidente¹⁰; e estabeleceram um modelo federalista centralizador de organização territorial¹¹.

⁴ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 34-53.

⁵ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁶ Podemos recordar, a este respeito, a maneira brutal pela qual os conservadores chilenos trataram seus oponentes desde o início da República Conservadora em 1833; as confrontações sangrentas entre “unitários” e “federales” na Argentina; a guerra federal na Venezuela, que também dividiu liberais e conservadores; a confrontação cruel entre dois grupos na Colômbia, que incluiu episódios de guerra civil; e a batalha dos liberais puros mexicanos contra as forças conservadoras Santanistas. Eu revisitei alguns desses eventos em minha publicação de 2010. (GARGARELLA, Roberto. *The legal foundations of inequality: constitutionalism in the Americas 1776-1860*. New York: Cambridge Univ. Press, 2010.)

⁷ Deste modo, a partir da metade do século XIX, começamos a observar liberais e conservadores se unindo, politicamente falando. Dentre muitos outros exemplos estão a Constituição de 1853 na Argentina, a Constituição Mexicana de 1857 e a Constituição de 1886 da Colômbia, as quais foram escritas por representantes de ambos os grupos (liberais e conservadores). Outro caso interessante de convergência entre estas duas forças aparece na “fusão” liberal-conservadora no Chile (1857-1873); e há outros exemplos similares no Peru e na Venezuela. (GARGARELLA, Roberto. *The legal foundations of inequality: constitutionalism in the Americas 1776-1860*. New York: Cambridge Univ. Press, 2010. p. 34-53.)

⁸ ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Lingua, 2003.

⁹ A maioria das novas Constituições resistiu a pressões conservadoras em favor do estabelecimento de uma religião em particular, e substituiu aqueles requerimentos por uma fórmula alternativa. Em algumas ocasiões, como na Argentina, a Constituição conservadora-liberal reservou um lugar especial para a dominante fé católica (art. 2º da Constituição, que ambigüamente sustentou que o Estado “suporta” a religião “Católica”), enquanto ao mesmo tempo afirmava tolerância religiosa (art. 14). Em outras ocasiões, como no México em 1857, ou no Equador em 1906, a Constituição permaneceu silente sobre o assunto, o que era uma maneira de afirmar a impossibilidade de que qualquer dos grupos pudesse sobrepor seu próprio ponto de vista sobre o assunto. No Chile, o forte caráter religioso da Constituição de 1833 era moderado após algumas décadas, quando uma lei interpretativa (de 1865) abriu as portas para uma (relativa) tolerância religiosa. Cfr. Nota n. 7.

¹⁰ A maioria das Constituições Liberais-Conservadoras favoreceu o tradicional sistema de divisão de poderes acompanhada de um sistema de pesos e contrapesos, na linha do modelo Constitucional Norte-Americano. Entretanto, como consequência de pressões conservadoras, as novas Constituições Latino-Americanas introduziram algumas mudanças significativas em relação ao inspirador exemplo dos Estados Unidos. Tipicamente, eles criaram um poder executivo muito forte, que desafiou a estrutura dos equilíbrios que então caracterizou o tradicional sistema de pesos e contrapesos. (NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.)

¹¹ As Constituições Liberais-Conservadoras emergiram após um violento período de disputas entre grupos centralizadores e federalistas. Este é o motivo pelo qual, na maioria dos casos, essas Constituições não quiseram consagrar um modelo puramente centralista e nem puramente federalis-

Adicionalmente, as constituições liberais-conservadoras rejeitaram a incorporação de cláusulas sociais em favor dos menos avantajados e iniciativas em favor da participação da massa na esfera pública. Isso quer dizer que o pacto liberal-conservador foi também um pacto excludente que implicava o deslocamento da maioria das iniciativas institucionais então propostas por grupos radicais - frequentemente inspiradas por Anglo-Americanos radicais e no exemplo da Revolução Francesa¹². Durante esses anos, de fato, grupos radicais avançaram inúmeras propostas constitucionais, as quais incluíram eleições anuais, o direito à revogação do mandato (recall), rotatividade do mandato e instruções obrigatórias¹³. Adicionalmente, grupos radicais promoveram diferentes reformas objetivando alcançar a “questão social”. Contudo, o triunfo do projeto liberal-conservador repeliu, implicitamente, todas essas iniciativas.

2 Constitucionalismo social (1910-1950)

O pacto liberal-conservador foi, grandemente, bem-sucedido no estabelecimento dos regimes de “ordem e progresso”¹⁴. Isso ocorreu, particularmente, a partir de 1880, quando a maioria dos países da região começou a massiva exportação de bens primários, e a América-Latina experimentou um período excepcional de prosperidade econômica e estabilidade política¹⁵.

As coisas começam a mudar, entretanto, com a chegada do novo século. Essas mudanças vieram por diferentes motivos, incluindo o crescimento e incremento de uma classe trabalhadora mobilizada, e um crescente desconforto com os níveis de desigualdade e autoritarismo que distinguiu as décadas de “ordem e progresso”¹⁶.

O primeiro, e extremamente radical, sinal de alarme apareceu com a Revolução Mexicana de 1910. A revolução, como sabemos, houve um espetacular resultado constitucional, notadamente com a Constituição de 1917. Essa Constituição Era, excepcionalmente, longa, robusta na sua declaração de direitos, e fortemente compromissada com os direitos sociais¹⁷. Era, ao seu tempo, uma completa novidade. De fato, a Constituição mexicana se tornou a pioneira em todo o mundo em termos de desenvolvimento do constitucionalismo social. Entre muitas outras cláusulas, a Constituição mexicana incluiu o artigo 27, que declarou que as propriedades de terras e águas nas áreas de fronteira do território nacional “pertenciam originalmente à nação”¹⁸. O artigo 123 incorporou ampla proteção para os trabalhadores, reconheceu os acordos sindicais e regulou as relações laborais, atingindo muitas questões detalhadas¹⁹. De uma maneira, o artigo 123 cobriu a maioria dos tópicos que mais tarde iriam ser notados pelo moderno direito laboral. Este artigo fez referência, por exemplo, à duração máxima da jornada de trabalho, o uso do trabalho infantil, o direito das trabalhadoras grávidas, o salário mínimo, o direito a férias, o direito a salários iguais, condições de trabalho confortáveis e higiênicas, acidentes de trabalho, o direito à greve e ao lockout, arbitragem, demissão sem justa causa, seguridade social e o direito à associação.

A Constituição mexicana de 1917, decisivamente, mudou a história do constitucionalismo Latino-Americano. Seguindo a sua adoção, pouco a pouco, a maioria dos países da região começou a mudar as suas estruturas constitucionais básicas. De fato, seguindo o exemplo mexicano, a maioria dos países passou a incluir longas listas de direitos sociais em suas constituições: o Brasil modificou sua constituição em 1937; a Bolívia em 1938; Cuba em 1940; Uruguai em 1942; Equador e Guatemala em 1945; e Argentina e Costa Rica em 1949²⁰. Esta foi a

ta como modelo de organização territorial do país. Em vez disso, como solução a este respeito, elas tiveram a tendência de adotar um modelo misto ou mais ambíguo. (GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 30-33.)

¹² WOOD, Gordon S. *The radicalism of the American Revolution*. New York: Alfred A. Knopf, 1991.

¹³ Ver também: WOOD, Gordon S. *The creation of the American Republic, 1776-1787*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1969.

¹⁴ Esse foi o mote do “positivismo”, que significa dizer a ideologia política que prevaleceu durante os anos iniciais do século XX. (ZEA, Leopoldo. *The latin american mind*. Norman: University of Oklahoma Press, 1963.)

¹⁵ HALPERIN-DONGHI, Tulio. *The aftermath of revolution in Latin America*. New York: Harper Torchbooks, 1973.

¹⁶ HALPERIN-DONGHI, Tulio. *Historia contemporánea de*

América Latina. Madrid: Alianza, 1985.

¹⁷ SAYEG HELÚ, Jorge. *El constitucionalismo social mexicano: la integración constitucional de México: (1808-1988)*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

¹⁸ SAYEG HELÚ, Jorge. *El constitucionalismo social mexicano: la integración constitucional de México: (1808-1988)*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 328.

¹⁹ SAYEG HELÚ, Jorge. *El constitucionalismo social mexicano: la integración constitucional de México: (1808-1988)*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1987. p. 377-380.

²⁰ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 105-148.

maneira pela qual as constituições Latino-Americanas expressaram, através do uso da linguagem jurídica, as maiores mudanças sociais que tiveram lugar na região durante a primeira metade do século XX, nomeadamente a incorporação da classe trabalhadora como um decisivo ator político e econômico.

3 Multiculturalismo e Direitos Humanos (1950-2010)

Após essa primeira onda de reformas, a região foi submetida a um segundo período de mudanças constitucionais, que foi fundamentalmente concentrada entre o final dos anos 1980 e 2000. Nessa nova época, o Brasil mudou sua constituição em 1988, a Colômbia em 1991, a Argentina em 1994, a Venezuela em 1999, o Equador em 2008, a Bolívia em 2009 e o México em 2011.

A maioria desses novos documentos legais foram impactados, de uma maneira ou de outra, por dois eventos sombrios. O primeiro evento foi político: a emergência de uma nova onda de ditaduras que afetaram a região - notadamente em 1973 o golpe militar contra Salvador Allende no Chile. O segundo evento foi econômico: a adoção de reformas neoliberais e programas de ajuste econômico no final dos anos 1980²¹.

O período dos governos militares teve um profundo efeito na região, em diferentes níveis. Primeiramente, obrigou alguns países, após a retomada da democracia, a reconstruir substantivamente suas organizações constitucionais. Esse foi, por exemplo, o caso do Chile, como consequência de numerosos enclaves autoritários deixados pelo General Pinochet na Constituição de 1980²². Este,

também, foi o caso do Brasil, o qual teve que confrontar a Constituição de 1967, promulgada durante o governo militar do General Humberto Castelo Branco. Entre outras coisas, a Constituição de 1967 (emendada em 1969) impôs severas limitações na organização federal do país, assim como nas liberdades civis e políticas da população²³.

O final dessa época impiedosa de ditadura veio com outras reformas constitucionais baseadas em direitos. Essas mudanças implicaram conceder status especial, algumas vezes constitucional, a diferentes tratados de direitos humanos que os países assinaram durante as quatro ou cinco décadas anteriores. Esses tratados foram designados para proteger os mesmos direitos humanos básicos que foram sistematicamente violados pelos governos ditatoriais²⁴. Argentina, Brasil, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile e El Salvador foram alguns dos vários países que tentaram assegurar mais proteção aos direitos afetados pelos recentes governos autoritários²⁵.

A decisão de prover status legal especial aos diversos direitos humanos nos tratados criou resultados

(que tornou muito difícil para a minoria participar da política eleitoral) e o requerimento de maiorias qualificadas em ordem a alterar os aspectos básicos do sistema institucional (como no caso da educação, a organização do congresso, e a regulamentação das forças armadas). (BARROS, Robert. *Constitutionalism and dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*. New York: Cambridge University Press, 2002.)

²³ Grandes encontros foram submetidos a prévia autorização governamental; houve a restrição aos partidos políticos (apenas o partido oficial, denominado de Aliança Renovadora Nacional [ARENA], e um partido de oposição, o Movimento Democrático Brasileiro [MDB], foram autorizados a funcionar como tais); e o sufrágio direto foi diretamente suprimido nas principais cidades por razões de segurança. Em 1969, uma junta provisória militar introduziu uma profunda emenda constitucional que reforçou o caráter repressivo do documento anterior. Por exemplo, introduziu a instituição da pena de morte, suprimiu o habeas corpus, criou novas cortes militares e abriu as portas para novas leis repressivas - tais como a Lei de Segurança Nacional ou a Lei de Regulação da Imprensa. (VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. Rio de Janeiro: Leya, 2012.)

²⁴ SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton & Company, 2011; ACUÑA, Carlos; SMULOVITZ, Catalina. *Adjusting the Armed Forces to democracy: successes, failures and ambiguities in the Southern Cone*. In: JELIN, Elizabeth; HERSCHBERG, Eric. *Constructing democracy: human rights, citizenship and society in Latin America*. New York: Westview Press, 1996.

²¹ BARROS, Robert. *Constitutionalism and dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*. New York: Cambridge University Press, 2002; VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. Rio de Janeiro: Leya, 2012; SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton & Company, 2011; ACUÑA, Carlos; SMULOVITZ, Catalina. *Adjusting the Armed Forces to democracy: successes, failures and ambiguities in the Southern Cone*. In: JELIN, Elizabeth; HERSCHBERG, Eric. *Constructing democracy: human rights, citizenship and society in Latin America*. New York: Westview Press, 1996.

²² Estes enclaves incluíram a instituição de senadores vitalícios (os quais permitiu a Pinochet vir a ser parte do Senado durante o período democrático), e "senadores designados" (que permitiu que membros das forças coercitivas se tornassem parte do Senado), um Congresso de Segurança Nacional, um sistema eleitoral extremamente exclusivo

²⁵ NEGRETTO, Gabriel L. *Making constitutions: presidents, parties & institutional choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

interessantes. Em parte, essas iniciativas expressaram a conciliação de certas partes da esquerda política em questões de direitos e de constitucionalismo, os quais a esquerda frequentemente tem resistido. Adicionalmente, o novo status legal concedido aos direitos humanos por muitas destas constituições teve um interessante efeito nos conservadores. Por exemplo, após essas mudanças constitucionais, muitos juízes conservadores começaram a considerar mais seriamente os argumentos baseados no valor dos direitos humanos²⁶.

A outra mudança constitucional fundamental produzida na região, ao final do século XX, veio como consequência da aplicação dos denominados programas de ajuste estrutural. Por programas de ajuste estrutural eu me refiro às severas políticas econômicas aplicadas na região durante os anos 1980, usualmente por governos democráticos pós-ditatoriais. Essas foram políticas monetárias que usualmente implicaram uma drástica redução de gastos públicos e a eliminação de programas sociais. Esses programas de ajuste foram promovidos, originalmente, na Grã-Bretanha sob a direção de Margaret Thatcher e nos Estados Unidos durante a administração Reagan²⁷.

Foi enorme o impacto dessas políticas de ajuste estrutural no constitucionalismo. Mais diretamente, os lançamentos desses programas usualmente requereram a introdução de mudanças legais e mesmo constitucionais direcionadas a facilitar a aplicação de iniciativas econômicas²⁸. Também - e mais significativa para nosso

propósito presente - as mudanças econômicas do período provocaram uma crise econômica e social que forçou a introdução de novas reformas jurídicas. Com efeito, os programas neoliberais provocaram miséria social e o crescimento dos níveis de desemprego que não foram compensados pela existência de uma sólida rede de segurança.

Como consequência, milhões de pessoas viram-se de repente em uma situação de completo abandono, sem os meios de assegurar sua própria subsistência e a subsistência de suas famílias²⁹. O Estado, que nos 40 anos anteriores tinha garantido trabalho e proteção social para vastos setores da população, agora estava encolhendo³⁰.

Muitos de seus mais valiosos ativos eram vendidos em transações rápidas e não transparentes³¹. Como consequência, a América-Latina começa a experimentar um processo de mobilização social, demandando as proteções sociais que muitas Constituições continuam a prometer.

Protestos sociais e levantes contra-institucionais explodiram por toda a região, de norte a sul, de leste a oeste. Eles incluíram, por exemplo, a insurreição dos Zapatistas do EZLN no México (que começou em janeiro de 1994, um ano após o México assinar seu acordo de livre comércio com os Estados Unidos); mas também as “guerras” por “água” (2000) e “gás” (2003) na Bolívia, dirigido contra a privatização de seções básicas da economia nacional; as ocupações de terra promovidas pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST) no Brasil; a tomada de terras em Santiago, Chile; as “invasões” de

²⁶ NINO, Carlos Santiago. *Radical evil on trial*. London: Yale University Press, 1996.

²⁷ ETCHEMENDY, Sebastián. *Models of economic liberalization: business, workers and compensation in Latin America, Spain, and Portugal* 300-315. New York: Cambridge University Press, 2011. Confira-se também: CAVAROZZI, Marcelo; MEDINA, Juan Manuel Abal. *El asedio a la política: los partidos latinoamericanos en la era neoliberal*. Argentina: HomoSapiens, 2005.

²⁸ A este respeito podemos mencionar, por exemplo, as 35 emendas constitucionais à CF/88 que foram promovidas pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso (emendas essas que vieram a facilitar o processo de privatização); a reforma do art. 58 da Constituição Colombiana de 1991 (que foi promovida pelo governo conservador de Andrés Pastrana, em ordem a providenciar mais garantias para investimentos estrangeiros); a modificação do art. 27 da Constituição Mexicana (que veio a colocar limites nas iniciativas para a distribuição de terra); a reforma Constitucional Peruana de 1993 (que foi promovida pelo então presidente Fujimori - depois de seu autogolpe - e direcionada a eliminar muitos dos compromissos sociais assumidos pela Constituição de 1979); e as garantias dadas para a apreciação do dinheiro na Argentina através da reforma elaborada por Carlos Menem. (PISARELLO, Gerardo. *Un*

largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.) Similarmente, alguém poderia mencionar as diversas iniciativas por reforma judicial promovidas pelo Banco Mundial e outras instituições financeiras multilaterais durante os anos 1980, as quais foram em sua maioria direcionadas a prover um quadro de maior estabilidade para os novos tipos de transição econômica que dominaram o período. (DOMINGO, Pilar; SIEDER, Rachel. *Rule of law in Latin America: the international promotion of judicial reform*. Miami, 2011. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/3177069.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.)

²⁹ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

³⁰ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

³¹ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

propriedade em Lima, Peru; a emergência do movimento dos piqueteros na Argentina; e também numerosos atos de violência contra a exploração de recursos minerais em diferentes partes da região³².

Não surpreendentemente, algumas das mais relevantes reformas sócio-legais das últimas décadas seguiram a crise econômica dos anos 1990 - incluindo aquelas da Colômbia, Bolívia, Equador, Venezuela e México³³. As novas mudanças constitucionais podem ser lidas como resposta direta para as crises sociais dos anos anteriores. Portanto, ao final do século, a maioria dos países da região tem adotado constituições extremamente fortes, ao menos no que se refere aos direitos sociais, econômicos e culturais que elas incluem. Uma primeira observação sobre a organização prevalente das cartas de direitos destas constituições permite-nos reconhecer a dimensão deste fenômeno.

As presentes constituições da América Latina garantem a proteção do meio ambiente, cultura, saúde, educação, alimentação, moradia, trabalho, vestuário etc³⁴. Adicionalmente, algumas das Constituições novas ou reformadas incluíram garantias de equidade de gênero, incluíram mecanismos de democracia participativa, criaram as instituições do referendo popular ou da consulta popular, introduziram o direito à revogação do mandato (recall), ou reconheceram o direito das ações afirmativas³⁵.

Ainda mais notável, muitos dos renovados documentos constitucionais afirmaram a existência de estados “pluri” ou “multi” culturais, ou a identidade nacional, provendo proteção especial aos grupos indígenas, estabelecendo a conduta obrigatória de consultas às comu-

nidades indígenas antes do desenvolvimento de projetos econômicos que poderiam afetar suas organizações comuns³⁶.

4 A sala de máquinas da Constituição

Exemplos como esses, revistos acima, demonstram não apenas a importância, mas também as limitações dos afazeres das reformas constitucionais. Reformadores legais não podiam, ou não queriam ir longe demais para assegurar que as constituições reformadas alcançassem as características transformadoras que proclamavam. Afirmar isso não nega o valor do que tem sido alcançado na região, em termos constitucionais, nos anos recentes. Muitos desses processos de reformas são dirigidas ao avanço dos interesses dos menos avantajados, ao menos em teoria. Melhor do que isso, a prática dessas Constituições mostrou que as mudanças introduzidas nas seções que resguardam direitos estão longe de ser inócuas. Nos últimos anos (embora - e isso é um problema - apenas nos últimos poucos anos), os países da América-Latina que têm adotado Constituições socialmente mais robustas desenvolveram uma interessante e imaginativa prática judicial de cumprimento dos direitos sociais³⁷.

Contudo, também parece claro que essas reformas foram, no melhor dos casos, limitadas em seu escopo e em suas conquistas. Uma das principais razões que explica essa conclusão é o fato de que os reformadores pareceram concentrar suas energias na seção dos direitos, sem levar em conta o impacto que a organização do poder tende a ter sobre aqueles mesmos direitos que então esta-

³² Para uma visão geral, confira-se: SVAMPA, Maristella. *Cambio de época: movimientos sociales y poder político*. Argentina: Clacso-Siglo Veintiuno, 2008. Veja-se ainda: SVAMPA, Maristella; ANTONELLI, Mirta Alejandra. *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*. Buenos Aires: Biblos, 2009.

³³ PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

³⁴ GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. *Desarrollo Económico*, v. 36, n. 144, p. 971-990, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3467134>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

³⁵ GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. *Desarrollo Económico*, v. 36, n. 144, p. 971-990, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3467134>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

³⁶ GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. *Desarrollo Económico*, v. 36, n. 144, p. 971-990, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3467134>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

³⁷ Confira-se, por exemplo, CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, v. 3, n. 4, p. 528-700, jan. 2004; GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006; GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. *Courting Social Justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. New York: Cambridge University Press, 2008; WILSON, Bruce B. Changing dynamics: the political impact of Costa Rica's Constitutional Court. In: ANGELL, Alan; SCHJOLDEN, Line; SIEDER, Rachel. *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

vam (extra) protegidos. Notavelmente, reformistas legais dedicaram a maior parte de seu trabalho para criar novos direitos, deixando a organização dos poderes basicamente intocada.

Agindo dessa maneira, reformistas legais mantêm fechadas as portas da “sala de máquinas” da Constituição: o núcleo da maquinaria democrática não é modificado. A máquina da Constituição não se transforma no objeto de atenção principal dos reformadores. É como se a sua missão estivesse concluída com o trabalho nas seções dos direitos, como se os controles principais somente pudessem ser tocados pelos aliados mais próximos daqueles que estão no poder.

É interessante constatar essa notável omissão, típica de recentes reformadores, com o que seus antigos antecessores costumavam fazer quando engajados nos processos de mudança constitucional. Por exemplo, os engenheiros do pacto liberal-conservador não mostraram dúvidas sobre o que eles eram requeridos a fazer em ordem a assegurar a vida de seus mais estimados direitos - vale dizer, basicamente o direito à propriedade. Para eles, pareceu totalmente claro que, para garantir a proteção ao direito de propriedade, a primeira coisa a fazer foi entrar na “sala de máquinas” e primeiro introduzir algumas modificações necessárias. Tipicamente, eles propuseram a restrição às liberdades políticas em ordem a assegurar o gozo de amplas liberdades econômicas. Essa foi, por exemplo, a maior lição constitucional de Juan B. Alberdi para a sua geração: foi necessário, temporariamente, atar as mãos da maioria, de maneira a assegurar proteção a certos direitos econômicos básicos³⁸. O “equivoco” dos recentes reformadores também contrasta com o que os antigos radicais costumavam fazer quando engajados em processos de mudança constitucional. Os radicais concentraram toda a sua energia na produção de certas mudanças políticas e econômicas básicas (tipicamente, na reforma agrária, um governo por assembleias) através da mobilização política das massas. Fazendo isso, eles nunca subscrevem o (conservador) modelo de concentração de autoridade (como os radicais contemporâneos tendem a fazer), e eles nunca falam a língua liberal dos direitos (como os radicais contemporâneos usualmente fazem).

Evidentemente, o problema com as novas Constituições não é, simplesmente, que elas não foram longe

o bastante de modo a alcançar a “sala de máquinas” da constituição. Se esse fosse o problema, a solução poderia simplesmente ter sido esperar até a próxima reforma. O problema é que, preservando uma organização de poderes que permanece arranjada debaixo de um modelo do século XIX de concentração de autoridade, as novas Constituições colocam em risco as mesmas iniciativas que elas avançaram através das seções de direitos³⁹.

Assim organizadas, as novas Constituições tendem a apresentar um desenho contraditório: elas parecem social e democraticamente comprometidas nas suas seções de direitos, enquanto ao mesmo tempo elas parecem rejeitar esses mesmos ideais sócio-democráticos por meio de sua tradicional organização política vertical. Não surpreendentemente, e em consequência, a velha organização política hiper-presidencialista tende a bloquear todas as iniciativas direcionadas a colocar em movimento as iniciativas de empoderamento popular incluídas nas novas Constituições. Por exemplo, autoridades políticas argentinas se recusaram a implementar as cláusulas de participação incorporadas na Constituição de 1994⁴⁰; o presidente do Equador sistematicamente vetou todas as iniciativas direcionadas ao implemento dos recém criados mecanismos de participação popular⁴¹. No Peru, Chile, México e no Equador, líderes indígenas sofreram prisões ou repressão toda vez que quiseram colocar em prática seus novos direitos adquiridos⁴².

O “equivoco” cometido por aqueles que quiseram promover reformas sociais com a ajuda da Constituição, mas sem efetivamente tocar a “sala de máquinas” do documento, aparece claramente em uma extraordinária peça de auto criticismo escrita por Arturo Sampay. É importante notar que Sampay foi o principal jurista (Peru-

³⁸ ALBERDI, Juan Bautista. *Obras selectas*. Buenos Aires: Librería La Libertad, 1920.

³⁹ NINO, Carlos Santiago. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIJPHART, Arend; WAISMAN, Carlos H. *Institutional design in new democracies: Eastern Europe and Latin America*. New York: Westview Press, 1996.

⁴⁰ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 174.

⁴¹ ECHEVERRÍA, Julio. El Estado en la nueva Constitución. In: UBIDIA, Santiago Andrade; GRIJALVA, Agustín; STORINI, Claudia. *La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, 2009.

⁴² SVAMPA, Maristella. *Cambio de época: movimientos sociales y poder político*. Argentina: Clacso-Siglo Veintiuno, 2008. Veja-se ainda: SVAMPA, Maristella; ANTONELLI, Mirta Alejandra. *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*. Buenos Aires: Biblos, 2009.

nista) que contribuiu para a elaboração da Constituição argentina de 1949, durante o governo do General Perón. Aquela Constituição, como sabemos, incorporou um profundo compromisso social, manifestado em um longo e inovador catálogo de direitos sociais. Entretanto, em artigo que Sampay publicou alguns anos depois, o jurista desafiou parte de suas prévias iniciativas. Isto foi o que ele disse:

A reforma Constitucional de 1949 não foi propriamente conducente para a predominância do povo, favorecendo o exercício do poder político pelos setores populares. Isso se deveu, primeiro, à fé que triunfantes setores populares tinham na figura de líder carismático de Perón. Segundo, isso se deveu a mesma atitude vigilante de Perón, que fez todo o possível para prevenir que setores populares alcançassem o poder real que pudesse prejudicar o poder do governo legal. Esses fatos ajudaram o governo a permanecer no poder até que chegasse o tempo em que os setores oligárquicos, em conjunto com as forças armadas, decidissem colocar um fim em seu governo. Aquele foi o tendão de Achilles da reforma. E isso explica porque a Constituição morreu, como Achilles, morreu em uma fase inicial, por seu inimigo: ela era vulnerável precisamente na parte mais significativa, o que significa dizer, naquela parte que deve fornecer o seu suporte⁴³.

Com uma virtude não usual, Sampay reconheceu o erro fatal que ele e outros membros de sua geração cometeram, ao não prestarem atenção suficiente ao que ele mesmo descreveu como “tendão de Achilles” da Constituição⁴⁴. Reformadores sociais devem levar a lição de Sampay no coração. As novas Constituições precisam fazer consistente a organização de poder com novos impulsos sociais que incorporaram através da seção de direitos do catálogo no documento constitucional. Em outras palavras, em ordem a introduzir mudanças sociais na Constituição, é preciso primeiro afetar a organização de poder que foi desenhada por velhas e elitistas sociedades do século XIX.

Referências

ACUÑA, Carlos; SMULOVITZ, Catalina. Adjusting the Armed Forces to democracy: successes, failures and ambiguities in the Southern Cone. In: JELIN, Elizabeth; HERSCHBERG, Eric. *Constructing democracy: human rights, citizenship and society in Latin America*. New York: Westview Press, 1996.

⁴³ SAMPAY, Arturo Enrique. *Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche, 1973.

⁴⁴ SAMPAY, Arturo Enrique. *Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche, 1973.

ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Linguka, 2003.

ALBERDI, Juan Bautista. *Obras selectas*. Buenos Aires: Librería La Libertad, 1920.

BARROS, Robert. *Constitutionalism and dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*. New York: Cambridge University Press, 2002.

CAVAROZZI, Marcelo; MEDINA, Juan Manuel Abal. *El asedio a la política: los partidos latinoamericanos en la era neoliberal*. Argentina: HomoSapiens, 2005.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, v. 3, n. 4, p. 528-700, jan. 2004.

DOMINGO, Pilar; SIEDER, Rachel. *Rule of law in Latin America: the international promotion of judicial reform*. Miami, 2011. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/3177069.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

ECHEVERRÍA, Julio. El Estado en la nueva Constitución. In: UBIDIA, Santiago Andrade; GRIJALVA, Agustín; STORINI, Claudia. *La nueva Constitución del Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, 2009.

ETCHEMENDY, Sebastián. *Models of economic liberalization: business, workers and compensation in Latin America, Spain, and Portugal* 300-315. New York: Cambridge University Press, 2011.

GARGARELLA, Roberto. *The legal foundations of inequality: constitutionalism in the Americas 1776-1860*. New York: Cambridge Univ. Press, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. Recientes reformas constitucionales en América Latina: una primera aproximación. *Desarrollo Económico*, v. 36, n. 144, p. 971-990, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3467134>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006.

GAURI, Varun; BRINKS, Daniel M. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. New York: Cambridge University Press, 2008.

HALPERIN-DONGHI, Tulio. *Historia contemporánea de América latina*. Madrid: Alianza, 1985.

HALPERIN-DONGHI, Tulio. *The aftermath of revolution in Latin America*. New York: Harper Torchbooks 1973.

NEGRETTO, Gabriel L. *Making constitutions: presidents, parties & institutional choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

NINO, Carlos Santiago. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIJPHART, Arend; WAISMAN, Carlos H. *Institutional design in new democracies: Eastern Europe and Latin America*. New York: Westview Press, 1996.

NINO, Carlos Santiago. *Radical evil on trial*. London: Yale University Press, 1996.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo termidor: historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

SAMPAY, Arturo Enrique. *Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Instituto Superior Dr. Arturo Jauretche, 1973.

SAYEG HELÚ, Jorge. *El constitucionalismo social mexicano: la integración constitucional de México: (1808–1988)*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

SIKKINK, Kathryn. *The justice cascade: how human rights prosecutions are changing world politics*. New York: W. W. Norton & Company, 2011.

SVAMPA, Maristella. *Cambio de época: movimientos sociales y poder político*. Argentina: Clacso-Siglo Veintiuno, 2008.

SVAMPA, Maristella; ANTONELLI, Mirta Alejandra. *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*. Buenos Aires: Biblos, 2009.

VILLA, Marco Antônio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. Rio de Janeiro: Leya, 2012.

WILSON, Bruce B. Changing dynamics: the political impact of Costa Rica's Constitutional Court. In: ANGELL, Alan; SCHJOLDEN, Line; SIEDER, Rachel. *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2005.

WOOD, Gordon S. *The creation of the American Republic, 1776–1787*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1969.

WOOD, Gordon S. *The radicalism of the American Revolution*. New York: Alfred A. Knopf, 1991.

ZEA, Leopoldo. *The latin american mind*. Norman: University of Oklahoma Press, 1963.