

CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Aluna: Larissa Duarte
Orientador: José Ribas Vieira

Introdução

Tradicionalmente, entende-se que o constitucionalismo na América Latina reflete, pura e simplesmente, os caprichos arbitrários de sua elite econômica e de seus representantes, perpetuando-se a concepção de um cenário de “caos constitucional” em que, desde o surgimento da Constituição Venezuelana, em 1811, que foi a primeira da região, outras cento e três foram formuladas em dezesseis países até o final do século XIX. Em suma, em um curto período, muitas Cartas surgiram, a despeito de suas pretensões de estabilidade, ao que se atribuiu a vicissitude e a precariedade regionais (GARGARELLA, 2013a, p. 01). Todavia, essa percepção negligencia as contribuições iniciais dos trabalhos de grandes juristas, demonstrando, em um exame mais detido, que o constitucionalismo na América Latina não foi limitado, exclusivamente, pela repetição do que acontecia nos países europeus e nos Estados Unidos; mas derivou, também, de um debate entre grupos políticos com posições ideológicas distintas.

Dessa forma, o estudo mais atento depreende a tradição rica e inédita do constitucionalismo na região, quando se pensa nos debates pioneiros sobre o processo de inclusão de direitos sociais à Constituição, provável reflexo da iniquidade regional; na experiência oriunda dos desafios gerados pelo hiperpresidencialismo; no embate entre religião e Estado; e no perigo do esmero com a tutela da propriedade privada, colocando-se em xeque os objetivos emancipatórios em prol de uma sociedade mais justa em termos políticos, culturais e econômicos (GARGARELLA, 2013a, p. viii).

Contudo, chega-se a conclusão de que essa originalidade não adveio da ruptura dos modelos europeu e estadunidense, mas de uma adequação crítica dessas ideias às peculiaridades de cada localidade, haja vista que as constituições não surgem, tampouco se operam em um vácuo (HIRSCHL, 2013, p. 2). Destarte, apesar da influência do constitucionalismo clássico, a América Latina foi fonte de novos pensamentos em que se destaca o denominado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, que foi fomentado ao final do século XX por meio de adaptações.

Objetivos e Metodologia

Essa pesquisa tem como objeto a contribuição para o aprofundamento do estudo acerca do constitucionalismo na América Latina, que não foi tema recorrente nas academias, tampouco atraiu atenção para pesquisas sistêmicas, uma vez que outrora fora relegado, subordinado e visto com um olhar de menosprezo. Para tanto, será demonstrado como o pensamento constitucional latino-americano foi resgatado e valorizado, utilizando-se como base o valioso estudo das instituições regionais realizado por Gargarella (2013a), que demarcou os principais debates históricos entre os conservadores, os republicanos e os liberais, desde o período da Independência desses países, e repensou os duzentos anos de constitucionalismo na região, por intermédio de uma perspectiva igualitária.

Dessa forma, será demonstrando como se pretendeu garantir a democracia e a normatividade constitucional, não obstante as dificuldades e os obstáculos enfrentados, sublinhando-se as interfaces do constitucionalismo na América Latina, por meio da análise do processo que culminou na promulgação do Novo Código Florestal Brasileiro e das discussões na Corte Suprema Argentina em torno da constitucionalidade da Lei de Mídia, casos que envolveram todas as esferas de Poder.

Evolução das instituições jurídicas latino-americanas

Em seu livro, Gargarella divide os duzentos anos de constitucionalismo na região em cinco períodos: **(a)** o primeiro dizia respeito à fase conservadora, que foi da independência até meados dos novecentos (1810 a 1850); **(b)** o segundo, ao republicanismo que foi até o final do século XIX (1850 a 1890), sendo considerado como os anos fundacionais quando as principais Constituições foram formuladas para consolidar a estrutura legal do pós-independência; **(c)** o terceiro foi o período da crise do modelo pós-colonial marcado pelas ideias positivistas referentes ao liberalismo, indo do termo do século XIX até início do XX; **(d)** a quarta fase foi a do constitucionalismo social que se iniciou após a crise de 1930 e culminou com a Segunda Guerra Mundial, a substituição de importações e a entrada da classe trabalhadora na política, conforme a mentalidade do bem-estar social; **(e)** e, por fim, a quinta fase iniciou-se ao cabo do século XX até o início do seguinte, período do “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, quando houve reformas constitucionais mais profundas e significativas.

Para entender-se as Constituições latino-americanas, inicialmente, dever-se-á perquirir o motivo e os principais problemas que foram combatidos pelo ordenamento jurídico da época – o porquê e contra o que lutar. Ou seja, é necessário que se identifique qual o “drama” principal que foi enfrentado em determinado período e qual a resposta legal oferecida para confrontá-lo. Segundo Hirschl (2013, p. 2), não há como se estudar ou se explicar as constituições apartadas das forças social, cultural, política e econômica que as conformaram, visto que a ascensão ou queda dos ordenamentos são manifestações desses embates .

Assim, quando se estuda o constitucionalismo latino-americano, por meio de um exame mais detido, depreende-se que aquela imagem inicial de caos constitucional e de anarquia conduz à apreciação de modelos legais e de ideais em disputa na região, principalmente no século XIX, em que setores diversos da sociedade apresentaram diferentes respostas, muitas vezes, ao mesmo problema – é, de fato, uma disputa entre grupos que defendem projetos constitucionais díspares. Isso porque as instituições legais, por sua natureza, produzem efeitos distributivos de poder distintos, beneficiando certos grupos em detrimento de outros.

Um dos modelos fundamentais a ser destacado e que influenciou a forma de pensar-se acerca da organização de novas sociedades foi o modelo constitucional estadunidense, que se mostrou como uma ferramenta excepcional a ser utilizada em momentos de crise. Em “Os Federalistas”, James Madison deixa claro, no volume 10 da obra, que o principal drama a ser enfrentado nesse período era as facções, identificadas como o principal empecilho para se estabelecer os pilares de uma organização em comum. Assim, o desafio do período seria evitar que o sistema institucional transformasse em leis os interesses particulares de poucos ou mesmo a paixão de muitos, fazendo nascer uma concepção diferente de democracia (pluralista) que visava prevenir as mútuas opressões constitucionalmente, concedendo um lugar efetivo na Constituição e um poder institucional para cada um dos grupos dominantes, conformando a ideia de sistema de freios e contrapesos.

a. As disputas nos primeiros anos

Assim como Madison, nos Estados Unidos, muitos latino-americanos identificavam o principal problema ao qual a Constituição deveria solucionar, criando um projeto

constitucional com tal intuito. Merece destaque, nesse sentido, as propostas do século XIX em que se tentava da melhor forma assegurar a independência das novas nações, percebida como o drama fundamental a ser enfrentado.

Segundo Gargarella (2013, p. 05), a maioria desses debates e das diferentes propostas que visavam enfrentar o problema pela lei, no período pós-independente, girava em torno de duas ideias fundamentais relacionadas a premissas governamentais, que são a “autonomia individual” e o “autogoverno coletivo”. É patente a presença dessas duas concepções nos anos fundacionais do constitucionalismo, que se desdobravam em uma abordagem mais conservadora, liberal ou republicana e variavam na intensidade concedida a um ou a outro elemento.

Como se percebe, a história da evolução institucional latino-americana é rica e plural em suas ideias, a despeito do que acreditam aqueles que fazem uma abordagem mais simplista e focam na instabilidade por causa das constantes mudanças. O que se ressalta de todas essas experiências, nas quais foram encontradas maneiras diferentes para se encarar o principal drama, é a resposta plural para os problemas básicos enfrentados, que entra em choque com a percepção atual de que existe somente uma abordagem dominante para o constitucionalismo com arranjos comuns, que seriam o sistema de freios e contrapesos, a divisão de Poderes, o *judicial review* e a carta de direitos. Destarte, coloca-se em xeque a nossa visão de um constitucionalismo compatível apenas com poucas, definidas e rígidas soluções para as problemáticas em comum (GARGARELLA, 2013a, p.7).

b. As abordagens conservadora, liberal e republicana e o pacto liberal-conservador

O modelo conservador poder ser resumido no aforismo "a cruz e a espada", em que de um lado está a moral – o projeto de moral da Igreja Católica, principalmente – e de outro, a ordem garantida pela coerção. De fato, esse modelo foi o que mais influenciou o histórico legal das novas sociedades, mormente, pela promessa de estabilidade em um contexto marcado pelas mudanças contínuas (GARGARELLA, 2013a, p. 11). Esse era um modelo comprometido com o elitismo político e com o perfeccionismo moral.

O elitismo político tinha a ver com a crença de que era necessário um guia para orientar a vida pública, porém somente certas pessoas esclarecidas seriam as detentoras dessas verdades políticas. Assim, concomitantemente, definiam-se qual o caminho a ser seguido na conformação das instituições, sem a abertura para discussões ao povo. Esse pensamento teve implicações constitucionais, porquanto se defendia a concentração do poder em um território e na mão de uma pessoa, ou seja, culminou no centralismo político e no hiperpresidencialismo – no Brasil, nesses primeiros anos, refletiu em um constitucionalismo imperial com Poder Moderador.

Os perfeccionistas da moral acreditavam que existiam certas verdades acerca do que seria a boa vida, porém somente uma pequena parte da população poderia identificá-la. Dessa forma, para se evitar a deturpação possivelmente provocada pela maioria, seria necessária uma fonte externa para fornecer o caminho a ser seguido encontrada, principalmente, na Igreja Católica, que concederia esse Código Moral. A influência dessa vertente é constatada, mesmo que indiretamente, na tendência regional de ler os direitos constitucionais sob um ângulo particular sobre aquilo que é o bem comum. Em suma, a conjugação desses conceitos teóricos conformou o conteúdo das propostas conservadoras nesses primeiros anos fundacionais.

O modelo liberal, por outro lado, estava comprometido com o equilíbrio dos Poderes e a neutralidade da moral estatal, para que se garantisse a autonomia individual e os indivíduos tivessem a capacidade de escolher e definir seus projetos pessoais sem interferência externa. Assim, a parte orgânica da Constituição dedicar-se-ia à prevenção dos abusos e dos excessos de um Estado forte, e a Carta de Direitos seria a responsável pela liberdade de escolhas, por

meio de um rol de direitos individuais invioláveis e incondicionais (GARGARELLA, 2013, p. 15).

A partir dessa percepção individualista, em que se reconhecia a primazia do indivíduo, os liberais defendiam a neutralidade do Estado, tido como a maior ameaça à liberdade individual e à espontaneidade, em um cenário sem regulações e sem controles excessivos. Ou seja, para eles, o Estado deveria abdicar suas ambições perfeccionista e reguladora, preocupando-se com a segurança e com as garantias de proteção, abrindo espaço para a autonomia das vontades e para a espontaneidade nas relações, consoante a lógica do *laissez-faire*, uma vez que nada era mais perigoso para as liberdades individuais do que um Estado onipotente. Assim, o grande Leviatã deveria ser impedido de usar sua força coercitiva e recursos econômicos para impor sua percepção de bem comum.

Em suma, o projeto liberal combatia, segundo sua concepção, a tirania defendida pelos conservadores, na medida em que concedia poderes maiores aos líderes, aumentando a possibilidade de abusos, bem como a anarquia financiada pelos radicais, levando ao caos que foi a situação no Haiti. Logo, a melhor resposta institucional seria o sistema de freios e contrapesos, que limitaria o Executivo e o Legislativo com a possibilidade de mútuo controle.

Por fim, o modelo republicano ou radical era considerado como a contraproposta para aquilo que era defendido pelos projetos conservador e liberal. Apesar de não ter se traduzido em cláusulas concretas nas Constituições por falta de apoio de setores maiores e mais poderosos, influenciou o desenho institucional e o desenvolvimento do constitucionalismo nessas novas sociedades independentes.

Nesse projeto, eram favorecidas a expansão do sistema político e a promoção, ao menos em tese, da participação popular nos assuntos públicos. Ademais, a ideia era de um Estado interventor e não neutro em relação às predisposições políticas do povo, garantindo o majoritarismo político e estimulando o populismo moral no que concerne às virtudes cívicas de seus cidadãos, o que regularia “*a vida política e social a partir e em nome da regra majoritária no âmbito da moral e do direito*” (OLIVEIRA et al., 2013, p. 14). Por isso, as ideias de despolitização estatal e de apatia política não eram bem vistas, uma vez que seria perigoso um Estado neutro que não estimulasse as qualidades morais nos cidadãos.

Esse era um projeto voltado para a “vontade geral” e coletiva, confiando na autoridade superior da maioria popular, que exerceria o direito ao autogoverno, decidindo por si quais leis seriam aceitas e desejáveis para organizar a vida em comum. Assim, “*no seio dos discursos comuns do populismo moral e do majoritarismo político, encontravam-se a defesa de saídas coletivas para os problemas sociais, anti-individualistas e, sobretudo, antiautoritárias*” (OLIVEIRA et al., 2013, p. 13). Por isso, sempre rechaçaram o processo de decisão vertical e excludente, defendendo uma separação estrita de Poderes, em que não haveria possibilidades de interferências na legislatura e, conseqüentemente, garantiria a vontade e o domínio da maioria.

Tendo em mente essas vertentes, o consenso entre liberais e conservadores foi, sem dúvidas, muito importante e moldou a organização dos poderes e dos direitos na região. De fato, ambos eram críticos severos do radicalismo, que era associado à irracionalidade e aos excessos, principalmente quando se leva em conta o desencanto causado pelos abusos cometidos pelos jacobinos na Revolução Francesa e pelos revolucionários no Haiti. Depreendia-se dessa lição que a vontade coletiva era cega pelas paixões e pelos caprichos, enquanto a razão – de um grupo seletivo – tendia a examinar e decidir equilibradamente.

Eram posições que tinham como divisor crenças distintas. De um lado, estavam aqueles que acreditavam que a independência deveria ser continuada pela constante expansão dos direitos políticos até chegar no sufrágio universal; de outro, aqueles que concebiam esse cenário como aterrorizador e arriscado para manutenção de seus privilégios. Ou seja, era uma diferença entre

those who were open to take the principle of majority rule seriously, and those who distrusted that principle; those who wanted to foster popular participation in politics, and those who wanted to prevent it. More ambitiously, what we find here is a division between those who assumed that *public decisions gained respectability, legitimacy, and impartiality, as a result of a public process of collective reflections*, and those who – opposing this view – considered that isolated reflection among well-prepared people was a necessary condition for impartiality. This split marked the political life of the region and perhaps the most important theoretical background in the many institutional discussions of the time concerning the organization of power (GARGARELLA, 2013a, p. 27-28).

Quanto à defesa dos direitos, apesar de posições diferentes entre liberais e conservadores, ambos compartilhavam uma visão restrita do que seriam os direitos constitucionais, encabeçados principalmente por direitos civis e deixando ao relento os sociais, econômicos, políticos e culturais. Ademais, tinham preocupações semelhantes em relação aos direitos da propriedade e defendiam o caráter contramajoritário do direito em sua pior acepção, visto que a minoria a ser defendida fazia parte de um pequeno grupo de ricos e bem-nascidos.

Dessa forma, a aliança forjada entre liberais e conservadores ocorreu por causa da abordagem aos direitos e às liberdades compartilhada, sem mencionar o horror que sentiam dos excessos propostos pelos radicais, que tiveram como consequência o terror espalhado pelas revoluções ocorridas na metade do século XIX (GARGARELLA, 2013a, p. 30). Esse acordo básico é suficiente para que se entenda a profundidade e a estabilidade do pacto entre liberais e conservadores, na luta contra o inimigo em comum, que pode ser traduzido no povo.

Assim, "*the threatening presence of alternative forces (and in particular grassroots forces) is key to understand the sudden alliance between forces that traditionally 'fight each other, even to civil war'*" (GARGARELLA, 2013a, p. 31). Destarte, apesar das divergências, na metade do século XIX, a maioria das Constituições na América Latina foram escritas por representantes dos grupos liberal e conservador, que concertaram em torno de suas semelhanças contra o perigo e a força do trem revolucionário que, após iniciado, dificilmente seria parado. Chegou-se, assim, às diretrizes básicas das novas Constituições que seriam a tolerância religiosa sem afirmar a neutralidade estatal; o estabelecimento do sistema de freios e contrapesos desnivelado em favor do Presidente; a conformação de um modelo centro-federalista; e a rejeição da incorporação de compromissos sociais em prol dos desafortunados ou políticos que assegurassem a participação da massa na esfera pública (GARGARELLA, 2013a, p. 32-33).

c. O retorno da questão social

Entre 1930 e 1980, houve a incorporação da classe trabalhadora na política que teve como impacto no mundo constitucional a inclusão de direitos sociais nesses documentos. Com efeito, a crise de 1929 trouxe mudanças fundamentais à região, principalmente na esfera econômica, pois seria necessário repensar o papel do Estado que deveria assumir uma posição mais intervencionista, a fim de controlar a produção e a distribuição dos recursos. Outrossim, as duas Guerras Mundiais forçaram a mudança no perfil econômico desses países que iniciaram o processo de substituição de importações, para compensar a produção escassa nos países centrais preocupados com os conflitos armados.

Logo, esse processo gradual de industrialização contribuiu para a emergência da classe trabalhadora que iria, em breve, demandar um papel mais ativo na vida política de seus países (GARGARELLA, 2013a, p. 105). Destarte, houve mudanças no campo econômico com o fim definitivo da fórmula positivista e nos campos político e social com a extensão do sufrágio e com a participação das massas.

Estava claro que, nessas condições, não poderia ser mantida a velha ordem excludente baseada no concerto liberal-conservador e que o Estado deveria abandonar seu antigo papel de neutralidade. Assim, a Constituição Mexicana de 1917 aparentou ser uma solução agradável, uma vez que introduzia os direitos sociais que a elite política tanto negou a conceder, vestindo a velha aliança com roupas mais modernas.

De efeito, líderes latino-americanos passaram a reconhecer a possibilidade e a necessidade de expandir o formato do acordo tradicional, defendendo que as Constituições deveriam acomodar aqueles direitos que outrora foram excluídos dos documentos anteriores. Nesse sentido, foi uma vitória da classe trabalhadora, porquanto haveria a incorporação do modelo radical marginalizado, tornando-se a concessão fundamental que objetivava acalmar o desconforto social. Por fim, o constitucionalismo latino-americano do século XX ficou marcado pelos, paulatinamente alargados, compromissos sociais (GARGARELLA, 2013a, p. 106).

Fica claro que esse era um processo de integração jurídica desigual, cujas práticas existentes tendiam a sobrepor-se perante as novas forças, uma vez que as demandas sociais foram incorporadas em uma estrutura constitucional hostil. Ou seja, o pleito social foi incorporado a Cartas na seção dos direitos sem, contudo, alterar a organização de poderes que continuou, basicamente, imune às principais novidades e limitou as reformas almejadas, conformando-se como desafios à igualdade (GARGARELLA, 2013a, p. 147).

No final desta última centúria, os países latino-americanos formularam Constituições amplas em defesa de direitos sociais, econômicos e culturais para enfrentar as crises político-sociais – devido as constantes violações de direitos humanos, durante a década de 1970, por causa dos abusos cometidos pelos regimes ditatoriais e autoritários instaurados pelos golpes militares – e econômicas – vivenciadas em 1990, por causa do receituário neoliberal proposto no Consenso de Washington para programas de ajustes estruturais. Igualmente, as respostas constitucionais não modificaram dramaticamente a estrutura das Constituições, tampouco alteraram a distribuição de poder, somente reafirmaram os compromissos com os direitos sociais.

Para Gargarella (2011, p. 23), a visão liberal-conservadora teve um peso importantíssimo na região, porém não era a única proposta, tampouco inevitável ou inescapável, sofrendo críticas desde sua origem – principalmente dos radicais. Não obstante, las severas restricciones políticas avanzadas por el modelo dominante estuvieron estrechamente vinculadas con sus presupuestos de desafío a la igualdad. Tales restricciones políticas, cabe enfatizarlo, resultaron directamente funcionales a la preservación y consolidación de fuertes desigualdades económico-sociales, entonces existentes. En tal sentido, [...] quienes históricamente confrontaron con la postura dominante, desde una perspectiva más igualitaria, propiciaron, de manera nada sorpresiva, un modelo constitucional muy diferente a aquél, destinado a reparar los déficits igualitarios del modelo vigente.

Em suma, o modelo adotado durante um longo período deixou um legado de sérios déficits institucionais na vida política da região. Apesar disso, não há como produzir reformas efetivas sem impactar na estrutura interna da Constituição, porque não se podem acomodar cláusulas que estimulam a participação política com outras que mantêm a organização hierárquica e elitista da distribuição de poder. Sem essa mudança crucial, as transformações fundamentais almejadas serão colocadas em xeque por causa do “impacto cruzado” gerado nas entranhas do ordenamento jurídico.

Destarte, um dos maiores desafios contemporâneos é modificar o perfil das reformas que tentaram adequar a expansão dos direitos políticos e mesmo o fortalecimento da proteção a direitos sociais sem abrir a “sala de máquinas” da Constituição, perpetuando o caráter

centralizador e vertical da organização dos poderes. Ou seja, não modificando o desenho institucional vigente.

Desafios contemporâneos

O pacto liberal-conservador moldou em nossas instituições uma ideia falha e defeituosa acerca da igualdade, uma vez que nasceram contaminadas por pressupostos políticos difíceis de serem superados. Esse esquema levado a cabo no período fundacional do constitucionalismo na América Latina promovia a desconfiança em relação à cidadania e refletia os temores da elite dominante. Em suma, era um discurso próprio de uma sociedade marcada por desigualdades distributivas, que necessitava de fortes proteções à propriedade para manutenção da ordem e do *status quo*. Assim, desde meados do século XIX, definiu a matriz fundamental e a estrutura da organização constitucional do poder na região e encontrou coro na

necesidad de asegurar el orden y la estabilidad políticas; el temor frente a la anarquía; las prevenciones frente a la participación de las mayorías en política; la crítica frente a las abstracciones y las teorías foráneas, ajenas a la propia realidad. Dicho discurso político, decisivo en la época, y dominante hacia finales del siglo, encontró su expresión más acabada en una fórmula demostrativa del modo en que entonces se pensó la desigualdad: *derechos políticos limitados-derechos civiles amplísimos*. En otros términos: restricciones a la participación política de las mayorías, acompañadas de fuertes protecciones a la propiedad privada (GARGARELLA, 2011, p. 03).

Na primeira etapa do constitucionalismo latino-americano, houve limitações ao acesso do povo ao poder, relegando-o a momento posterior e mantendo a concentração nas mãos de uma pequena elite dominante. Essa estratégia visava assegurar as bases materiais do constitucionalismo e da recente independência desses povos, traduzindo-se na pequena interferência estatal e na tutela de direitos civis considerados prioritários e imprescindíveis, em detrimentos da cidadania (GARGARELLA, 2013b, p. 2-3).

Nesse sentido, havia limitações à participação política e à participação autônoma das maiorias que se traduziam em restrições formais e informais – a exemplo de fraudes ou uso da força – aos votos e em um regime hiperpresidencialista, no qual o Poder Executivo tinha faculdades de declarar o estado de sítio e de intervir militarmente em estados e províncias, para favorecer a estabilidade política. Outrossim, conformaram-se sistemas institucionais contramajoritários, peculiar do temor liberal frente aos possíveis excessos do majoritarismo que se caracterizou por

i) un *sistema representativo* (diseñado a partir de un presupuesto de “desconfianza” en cuanto a las capacidades políticas de las mayorías), caracterizado por las ideas de “distinción” y “separación” entre representantes y representados; ii) una concepción sobre los controles al poder – elemento definitorio del constitucionalismo liberal – en donde los *controles “endógenos”* u “horizontales” predominaban largamente sobre los controles “exógenos”, “populares”, que quedaban reducidos habitualmente al voto periódico, ejercido cada varios años; iii) un *sistema de “frenos y contrapesos”* – el corazón del sistema de controles internos – orientado a canalizar institucionalmente los conflictos entre distintos sectores de la sociedad, evitando las “mutuas opresiones”; iv) un Poder Judicial que tendió a expandir paulatinamente su propio poder, hasta ganar no sólo la capacidad de *invalidar* las decisiones de los poderes políticos, sino también la de pronunciar la “*última palabra*” institucional; y v) un sistema de acceso a los tribunales muy limitado, que llegó a incluir exigencias

muy costosas, en términos económicos y de gestión, para el ingreso a los mismos (GARGARELLA, 2013b, p. 5-6).

Mesmo na fase do constitucionalismo social, inaugurada pela Constituição Mexicana de 1917 na qual de maneira explícita e extensa incorporou a seu texto um grande rol de direitos sociais, a máquina da organização de Poder manteve-se inalterada. Na síntese de Gargarella (2013b, p. 9),

podría decirse que desde entonces el constitucionalismo regional “democratizó” la sección de los derechos constitucionales, a la vez que fortaleció los rasgos más “verticalistas” o “concentrados” de la sección constitucional referida a la organización del poder. [...] En otros términos, las reformas constitucionales latinoamericanas se destacaron por las vanguardistas reformas que introdujeron en materia de derechos, a la vez que dejaban la “sala de máquinas” de la Constitución cerrada a la clase obrera.

Como se percebe, apesar de o problema não ser novo, seus efeitos foram perpetuados e permearam a engenharia do controle constitucional, deteriorando a estrutura política e estabelecendo limites extensos ao avanço no âmbito social. Essas convicções elitistas refletiram-se nas instituições que se tornaram fechadas e hostis à participação popular e à intervenção da cidadania nos assuntos públicos, o que contraria o pensamento hodierno acerca do direito à resistência de uma sociedade civil ativa, deliberativa e aberta a decisões coletivas.

Como se depreende, é grande o déficit democrático regional, porém há saídas que se conformaram como uma solução razoável e modesta para colocar o povo efetivamente no centro da Constituição, mexendo na “sala de máquinas” e alterando diretamente na organização de poder. É o caso da Costa Rica, em 1989¹, e da Colômbia, em 1991², que por meio de reformas constitucionais facilitaram o acesso à justiça, exemplos seguidos em certa medida pela Argentina e pelo Brasil.

Da mesma forma, a maneira como a esfera judicial monopoliza a interpretação constitucional e pronuncia a “última palavra” acerca da constitucionalidade das normas apresenta, em alguns casos, desafios à democracia, porque nesse esquema

el sentido último de la Constitución pasa a depender de las decisiones del órgano institucional que – vis a vis los demás órganos existentes – presenta credenciales democráticas más débiles – ello, en la medida en que, como suele ocurrir, los jueces no sean elegidos de modo directo; sean inamovibles o tengan estabilidad amplia en sus cargos; y existan pocos canales para el desafío ciudadano hacia sus decisiones (GARGARELLA, 2011, p. 19).

Nesse desenho institucional, que afirma a desigualdade entre os Poderes, é extremamente difícil para os cidadãos ou seus representantes validarem seus pontos diante da declaração de inconstitucionalidade exercida pelo órgão jurídico, que já é discutível diante dos valores e do processo em jogo. Entretanto, há como acomodar a rigidez constitucional necessária à estabilidade e à segurança da ordem e o controle judicial com os ideais de igualdade e de democracia.

A capacidade de o Judiciário invalidar leis e, mais além, de interpretar o sentido último da Constituição, parece ir de encontro com os princípios supracitados, porém uma democracia

¹ Na Costa Rica, alteraram-se a forma de atuar perante a Corte e o formalismo, podendo qualquer pessoa apresentar sua demanda sem constituir advogado, o que modificou substancialmente a demanda processual enfrentada pelo Tribunal Superior, perfazendo nos dezenove primeiros anos de funcionamento mais de 200 mil casos relacionados, em sua maioria, a *amparos* (GARGARELLA, 2013b, p.14).

² Na Colômbia, a reforma criou um organismo judicial, a Corte Constitucional, que trabalharia dentro do contexto de uma Corte Suprema existente. A Corte Constitucional assumiu um papel protagônico para reforçar os direitos sociais. Igualmente ao caso costarricense, a nova instituição veio acompanhada de modificações na forma de litígio em que, por meio da *acción de tutela*, as pessoas poderiam ter acesso à justiça sem incorrer às antigas exigências formais.

constitucional e deliberativa deve estar apta a lidar com o monopólio judicial da interpretação, especialmente em um contexto de Constituições rígidas. Para Gargarella (2011, p. 20-21), a saída aceitável para esse empasse seria partir da visão igualitária da democracia, em que “*exige ver a todos los ciudadanos en pie de igualdad frente a la Constitución, y frente a la tarea cotidiana de pensar críticamente en torno a la misma*”.

Assim, o sentido efetivo da Constituição não pode depender da percepção de organismos hermeticamente fechados, nos quais o povo não tem acesso facilitado, mas de deliberações pautadas em amplos debates públicos permanentes, discussões contínuas abertas à toda sociedade civil e aos órgãos estatais com capacidades diferenciadas. O importante, por isso, seria desmonopolizar a interpretação nas mãos de poucos e ouvir opiniões dissidentes e minoritárias de certos setores da comunidade, entendendo-se a democracia igualitária como uma democracia deliberativa.

Experiências brasileira e argentina

a. O polêmico novo Código Florestal Brasileiro

O Projeto do novo Código Florestal sempre dividiu a sociedade que, de um lado, encontrou eco na demanda dos ruralistas comprometidos com as atividades produtivas e, de outro, dos ambientalistas que defendiam a proteção do meio ambiente. Sua elaboração contou com a intensa participação de setores interessados e com a promoção audiências públicas no Congresso e também em várias cidades do país com forte produção agropecuária.

Por fim, em 25 de abril de 2012, o PL 1.876/1999 foi aprovado pelo Congresso Nacional com uma redação que não agradou a sociedade civil e promovia os interesses agropecuários. O texto foi encaminhado à sanção do Executivo que, em 25 de maio de 2012, apresentou os vetos e as alterações sobre o novo Código, colocando-se no meio do caminho entre os almejos dos produtores e os interesses dos ambientalistas – que defendiam o veto integral do texto (GARCIA, 2012, p. 65). Nesse episódio, a presidente Dilma Rousseff vetou nove itens da proposta que foi aprovada pelo Congresso Nacional, com o objetivo de não levar à anistia de quem desmatou ilegalmente, de não perder a presença do homem no campo e de não levar a novos desmatamentos.

Nesse sentido, as alterações e os vetos promovidos pelo Executivo ao Projeto Lei n. 1.876/1999 foram, em certa medida, uma resposta às intensas polêmicas causadas pela aprovação de seu texto pelo Legislativo que, a despeito da tentativa de consenso por meio de intensos debates públicos, polarizou a sociedade e mobilizou a opinião pública. Entendia-se que o Projeto havia sido imposto pela bancada ruralista, fazendo com que movimentos sociais, organizações da sociedade civil e brasileiros manifestassem-se em prol da campanha “Veta, Dilma” por meio dos mais diversos canais de comunicação, inclusive na Internet entrando no rol dos assuntos mais debatidos no *Twitter*.

Contudo, os vetos e as alterações não foram suficientes, uma vez que o Novo Código Florestal foi percebido como um instrumento que atendia às demandas de uma pequena parcela da população, o que levou ao seu questionamento em quatro ações diretas de inconstitucionalidade, principalmente no que concerne à anistia de multas e à redução das Áreas de Preservação Permanente, tendo em vista a vedação ao retrocesso em questões socioambientais que, por ser direito e garantia fundamental, pertencem ao rol de cláusulas pétreas.

Dessa forma, resta esperar para ver qual será a percepção do Supremo Tribunal Federal brasileiro que dará a última palavra quanto ao sentido efetivo da Constituição, podendo promover a ideia da democracia deliberativa aberta ao diálogo entre os iguais que se verão potencialmente afetados por esta decisão, uma vez que durante o processo legislativo se degenerou a ideia contida na filosofia política igualitária e na democracia deliberativa.

b. Declaração de constitucionalidade da *Ley de Medios Audiovisuales*

A Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual foi aprovada em 2009 e, somente em 2013, a Suprema Corte da Argentina declarou que os quatro artigos contestados pelo setor empresarial – os artigos 41, 45, 48 e 61, dessa Lei – eram constitucionais. Dessa forma, ao contrário do que pleiteava o *Grupo Clarín*, a Corte entendeu que o direito à liberdade de expressão não se via prejudicado e afetado pela Lei de Mídias argentina.

O embate, nesse caso, ocorreu entre acepções distintas ao que tange o significado de liberdade de expressão. Para os liberais, em seu anseio pela autonomia individual, pela propriedade privada e pelos direitos adquiridos, essa liberdade era percebida como uma entidade permissiva, um “deixar fazer” do Estado, no qual nada poderia ser feito em relação à matéria. Era o entendimento de que a “melhor regulamentação de imprensa é aquela inexistente”. Porém, quando se assumia um compromisso com a filosofia política igualitária e com uma concepção robusta de democracia (deliberativa), essa liberdade recebia contornos de compromisso com o debate público robusto, vigoroso e desinibido, uma vez que em uma tomada de decisões ninguém estaria apto a definir o que seria o bem comum por sermos seres com racionalidade e conhecimento limitados pertencentes a uma sociedade plural. Dessa forma, era necessário que se discutisse e que se alcançasse um consenso, tendo em mente a sociedade de iguais em que vivemos, por meio de deliberações públicas nas quais se chegaria a um debate político coletivo (e mais aberto às demandas populares). Dessa forma, para o último grupo, a ideia de debate público robusto ia além do *laissez faire*, requerendo ações de inclusão, no marco caracterizado por situações de marginalização e de negociações por trás da cena, e de mudança social com o fito de pôr fim às desigualdades históricas que se reforçam e reproduzem a fratura existente na sociedade.

Apesar de existir em sua origem um cenário de conflito particular entre o governo e o *Clarín*, seu principal opositor; a mesma foi, como poucas vezes na história da Argentina, um resultado de um amplo consenso e debate dentro da sociedade civil. Esse debate envolveu desde organizações não governamentais e grupos de ativismo social a organizações de direitos humanos e especialistas em comunicação, culminando no acordo chamado de “*21 puntos básicos. Hacia una nueva ley de radiodifusión*”. Ademais, para a elaboração do texto da lei, houve um chamado prévio a audiências públicas no órgão legislativo, o que permitiu que se conhecesse o ponto de vista dos mais renomados advogados e especialistas na área.

Assim, a decisão firmada pela Corte Suprema foi o reconhecimento de antigas reivindicações, na Argentina, produzidas a partir de diálogos e de mobilização popular que entendiam a comunicação não como um negócio, mas como um serviço a ser instrumentalizado em prol do interesse público.

Todavia, há de se destacar a distância entre o produto final da Lei de Mídias e os 21 pontos no tocante a questões centrais do acordo no que diz respeito à independência dos meios de comunicação, à não concentração do meios e à presença de meios públicos não governamentais (GARGARELLA, 2013c, p. 9). Mais grave ainda foi o ocorrido na esfera legislativa, na qual houve um desfile apressada para tomada de uma decisão final sem que se levasse em conta as diversas vozes ouvidas até então. Assim, a lei se configurou a despeito das opiniões extravasadas, constituindo uma afronta dupla ao ideal deliberativo.

No caso em questão, não se trata de uma decisão legislativa que simplesmente não atendeu as objeções e propostas das pessoas consultadas, mas de uma manobra que a revestiu de pretensa legitimidade e amplitude, justamente por ter aberto o processo a consultas, mas que em sua ausência teria o mesmo resultado.

Por fim, em termos procedimentais, a *Ley de Medios* não representa um bom exemplo de tomada de decisão por meio de um processo democrático deliberativo, pelo contrário, uma vez que o modelo igualitário rechaça esses tipos de manipulações; entretanto, em termos gerais, foi a procedência de uma lei que era necessária e desejada, uma vez que foi a tentativa

de romper com a tradição de concentração e de controle dos meios de comunicação por parte de uma elite política local. Assim, a *Ley de Medios* passou a ser uma referência normativa para a democratização do direito à liberdade de expressão, apesar de deixar a desejar em termos efetivos, haja vista que os meios alternativos não foram, de fato, favorecidos e os meios privados passaram a ser concentrados em mãos amigas do governo. Assim, “*el debate público nacional sigue encontrándose afectado tanto en sus aspectos de inclusión como de intercambio de argumentos, y las voces e intereses de los grupos más débiles de la sociedad siguen estando –por tanto- efectivamente ausentes del proceso colectivo de toma de decisiones*” (GARGARELLA, 2013c, p. 19).

Conclusões

O pacto liberal-conservador trouxe consequências perenes ao constitucionalismo latino-americano por expressar uma concepção mais restrita acerca da democracia, privilegiando as liberdades civis em detrimento das políticas, e por preservar uma ordem marcada por desigualdades. Assim, esse concerto moldou em nossas constituições uma ideia falha e defeituosa acerca da igualdade, promovendo a desconfiança em relação à cidadania e refletindo os temores da elite dominante. Em suma, era um discurso próprio de uma sociedade marcada por desigualdades distributivas, que necessitava de fortes proteções à propriedade para manutenção da ordem.

Como se percebe, seus efeitos foram perpetuados e permearam a engenharia do controle constitucional, deteriorando a estrutura política e estabelecendo limites extensos ao avanço no âmbito social. Essas convicções elitistas refletiram-se nas instituições que se tornaram fechadas e hostis à participação popular e à intervenção da cidadania nos assuntos públicos.

Apesar de existir um grande o déficit democrático regional, há saídas que se conformaram como uma solução razoável e modesta para colocar o povo efetivamente no centro da Constituição, mexendo em sua “sala de máquinas” e alterando a organização do poder.

Nesse sentido, os vetos e as alterações do Executivo ao Projeto Lei n. 1.876/1999 foram, em certa medida, uma resposta às intensas polêmicas causadas pela aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional que polarizou a sociedade, estimulando um intenso debate e manifestações da sociedade civil, como o “Veta Dilma”. Contudo, não foram suficientes, uma vez que o Novo Código Florestal é percebido como instrumento que atende aos interesses de uma pequena parcela da população, o que levou ao seu questionamento em quatro ações diretas de inconstitucionalidade, principalmente no que concerne à anistia de multas e à redução das Áreas de Preservação Permanente, tendo em vista a vedação ao retrocesso em questões socioambientais que, por ser direito e garantia fundamental, pertencem ao rol de cláusulas pétreas.

Por outro lado, a declaração de constitucionalidade da *Ley de Medios*, que regulamenta o mercado audiovisual argentino, foi vista como a concretização de um direito conquistado democraticamente, visando o acesso ao debate público amplo e inclusivo que garantiria uma igual dignidade a todas as vozes rechaçadas anteriormente. Essa lei foi, como em poucas vezes na história do país, o resultado de um consenso e debate dentro da sociedade civil, que deu origem aos “*21 puntos básicos. Hacia una nueva ley de radiodifusión*”, por meio do fomento a audiências públicas no órgão legislativo. Apesar de não ser o melhor modelo de deliberação, tendo em vista o imbróglgio existente entre setores do governo e o grupo Clarín, essa lei era necessária e desejável para pôr fim ao processo que privatizou a palavra (CROXATTO, 2013).

Assim, o sentido efetivo da Constituição, nesses dois casos, vai depender, no caso brasileiro, bem como dependeu, em certa medida no caso argentino, de deliberações pautadas em debates públicos, indo ao encontro da ideia de democracia deliberativa “*siempre abierta al*

diálogo continuo entre todos los potencialmente afectados” (HABERMAS, 1998 Apud GARGARELLA, 2011, p. 22).

Referências

CROXATTO, Guido. La ley de la palabra. **Página 12**, Argentina, 01 nov. de 2013, Medios, justicia y democracia. Disponível em: <<<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-232583-2013-11-01.html>>>. Acesso em: 09/04/2014.

HIRSCHL, Ran. From comparative constitutional law to comparative constitutional studies. **I-CON International Journal of Constitutional Law**. Vol. 11, Issue 1, Editorial, p. 1-12, 2013. Disponível em: <<<http://icon.oxfordjournals.org/content/11/1/1.full.pdf+html>>>. Acesso em: 20/04/2014.

GARCIA, Yara Martin. O Código Florestal brasileiro e suas alterações no Congresso Nacional. **Departamento de Geografia da FCT/UNESP**. São Paulo: Presidente Prudente, n. 12, vol. 1, p. 54-73, janeiro a junho de 2012.

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

_____. **Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución**. Texto digitalizado. 2013b. Disponível em: <<<https://docs.google.com/file/d/0B7cfNSL5eGmZYnRqSHBkR3IwNXc/edit>>>. Acesso em: 20/12/2013.

_____. La concepción constitucional de la libertad de expresión. **Revista Argentina de Teoría Jurídica**, vol. 14, p. 1-20, julho de 2013c. Disponível em: <<http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>>. Acesso em: 14/05/2014.

_____. **Fragmento del borrador del libro “200 años de constitucionalismo en America Latina”**. Texto digitalizado. 2011. Disponível em: <<<http://www.mediafire.com/view/ldbexad8k1s2fs7/calbsem2011.pdf>>>. Acesso em: 28/12/2013.

_____; C. Curtis. **El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas y interrogantes**. CEPAL, Santiago del Chile: 2009.

OLIVEIRA, Dalto Alberto Jaña Marques de; MAGRANI, Eduardo; VIEIRA, José Ribas; GUIMARÃES, José Miguel. **O novo constitucionalismo latino-americano: paradigmas e contradições**. Texto digitalizado. 2013.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal**. Trabalho defendido no Congresso Mundial de Constitucionalistas, 2011. Disponível em: <<https://www.academia.edu/6339900/El_nuevo_constitucionalismo_latinoamericano_fundamentos_para_una_construccion_doctrinal>>. Acesso em: 01/12/2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvenção del Estado y el Estado plurinacional**. Santa Cruz de la Sierra: Alianza Interinstitucional CENDA/CEJIS/CEBID, 2007.

VIEIRA, José Ribas; SOUZA, Rafael Bezerra de. **A colonialidade global e o constitucionalismo latino-americano**. Texto digitalizado. 2013.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In.: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). **El derecho en America Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.