

CONSTITUCIONALISMO, PLURALISMO E TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA NA AMÉRICA LATINA

Milena Petters Melo

Doutora em Direito pela Universidade de Lecce – Salento (Itália), pesquisadora no Centro de Pesquisa sobre as Instituições Europeias – CRIE/UNISOB (Itália) e pesquisadora no Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns – IIERBC (França)

INTRODUÇÃO

Nas últimas três décadas, sob o impulso dos movimentos de “abertura democrática”, a estreita conexão entre o processo de (re)democratização, a constitucionalização dos sistemas jurídicos, a previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais e o compromisso no sentido de desenvolver formas idôneas de garantia e de justiça constitucional denotam indubitavelmente uma nova fase da história constitucional e política na América Latina, que passou a ser caracterizada por sistemas orientados à tutela dos direitos fundamentais.

Dentre as tendências e inovações introduzidas pelas recentes constituições latino-americanas, uma das mais significativas é o pluralismo que aponta para uma reapropriação do Estado Constitucional, revisitando de forma crítica e criativa suas promessas não cumpridas e premissas não consideradas.

Mirando a tutela dos direitos fundamentais no Direito Constitucional comparado, o objetivo deste artigo é fazer uma breve análise das principais tendências do constitucionalismo latino-americano hodierno, em particular do pluralismo contemplado pelos novos textos constitucionais, e oferecer subsídios teóricos para a reflexão sobre esses temas que abrem novos caminhos para a democracia constitucional.

1. CONSTITUCIONALISMO E TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA NA AMÉRICA LATINA

A partir dos anos 80, na trilha do processo de transição democrática, a maior parte dos países da América Latina promulgou novas Constituições e/ou realizou importantes reformas constitucionais. Nesse período de reconstrução institucional, mesmo nas especificidades históricas, políticas e jurídicas de cada país, podem ser identificados elementos comuns relativos ao processo de “positivação constitucional” e às ‘matérias’ privilegiadas nos novos textos constitucionais – ou seja, o conteúdo dos direitos constitucionalmente assegurados – que marcam um momento de sintomática expansão do Direito Constitucional na região e alimentam o debate sobre um “novo constitucionalismo latino-americano”.

A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL

No que concerne ao processo de positivação constitucional – processo constituinte ou de reforma constitucional – e o respectivo cenário sociopolítico no qual essas experiências constituintes ganharam espaço, pode-se afirmar que o atual constitucionalismo latino-americano é fruto de transições democráticas e relativamente pacíficas, favorecidas pelo auspiciado pacto político estabelecido entre os diferentes partidos, setores e movimentos sociais, o fim de legitimar e promover as escolhas constituintes.

Nessa direção, analisando as Constituições latino-americanas, Ortiz-Alvarez e Lejarza as classificam do ponto de vista cronológico em quatro períodos. No primeiro período se encontra a *Constitución Política de los Estados Mexicanos* (1917) e a *Constitución Política de Costa Rica* (1949). No segundo período, que corresponde aos anos 1960 e 1970, figuram a *Constitución de la República de Venezuela* (1961), a *Constitución de la República Dominicana* (1966), a *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (1966), a *Constitución Política de Bolivia* (1967), a *Constitución Política de la República de Panamá* (1972) e a *Constitución de la República de Cuba* (1976). Um terceiro período, relativo aos anos 1980, compreende a *Constitución de Chile* (1980), a *Constitución de la República de Honduras* (1982), a *Constitución de la República de El Salvador* (1983), a *Constitución Política de la Guatemala* (1985), a *Constitución Política de la República de Nicaragua* (1987) e a *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). No quarto período, concernente à década de 90, encontra-se em gestação as modernas tendências do constitucionalismo latino-americano, com Constituições mais progressistas, como a *Constitución Política de Colombia* (1991), a *Constitución de la República de Paraguay*

(1992), a *Constitución Política de Perú* (1993), e a *Constitución Política de la República de Ecuador* (1993, com reformas em 1996).

No quarto período, que corresponde ao “constitucionalismo avançado” latino-americano, podem ser enquadradas também as Constituições dos três períodos anteriores que se “modernizaram” por meio de emendas e reformas constitucionais significativas.

Os dados relacionados por Ortiz-Alvarez e Lejarza são de 1997. Nos últimos anos, porém, alguns países promulgaram novas Constituições e em muitos países as revisões constitucionais são frequentes; no Brasil, por exemplo, fala-se de uma “compulsão” do poder de reforma constitucional. É oportuno ter presente, portanto, o contínuo movimento de atualização ou “aperfeiçoamento” dessas jovens democracias constitucionais e a instabilidade político-institucional que tem caracterizado os processos da abertura democrática – que estão se consolidando em alguns países da região com maior sucesso do que em outros.

Adotando a terminologia amadurecida na doutrina constitucional hodierna, é possível afirmar que já no final dos anos 90 o constitucionalismo latino-americano se caracterizava por uma difusa adesão à forma de Estado constitucional, *social e democrático de Direito*, radicada na ideia de força normativa da Constituição, que supera a concepção semântica da Constituição como documento predominantemente político e programático e propende pela sua imediata e direta aplicação.

Que nessa perspectiva o Estado democrático de Direito é, antes que um modelo abstrato, um paradigma de administração, planificação e promoção da vida social – que encontra os seus delineamentos (de forma e conteúdo) na força normativa da Constituição, na tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e na promoção da justiça social, do desenvolvimento e do pluralismo democrático – emerge com clareza nos diversos preâmbulos das Constituições e nas específicas disposições constitucionais relativas à organização dos Estados, à ordem econômica e social e aos direitos e deveres dos cidadãos. O que leva à afirmação de uma concepção alargada de cidadania – tanto no que toca os direitos quanto os sujeitos tutelados –, a uma redefinição do espaço público e, portanto, a uma interação mais acentuada entre Estado e sociedade civil.

No âmbito específico dos direitos fundamentais da pessoa, as constituições latino-americanas apresentam inovações, que em certos casos constituem formas de “autêntica vanguarda constitucional” se comparadas aos sistemas europeus, no sentido em que são potenciados instrumentos de garantia voltados à substancial efetividade dos direitos reconhecidos e ao mesmo tempo se afirma “*una nozione più evoluta di persona, che pone il valore della libertà al*



fianco di quello di dignità e che, inoltre, arricchisce il principio di eguaglianza di nuovi significati". Afirma-se assim o paradigma da "liberdade-igual", no qual, "à igualdade entendida como proibição de tratamento desarrazoadamente diferenciados, acompanham-se normas específicas contra discriminações e o reconhecimento de ações positivas" finalizadas a melhorar a situação de grupos, setores e sujeitos, de fato desfavorecidos pelo sistema social.

2. PRINCIPAIS TENDÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

É possível afirmar que, nos anos 80 e 90, grande parte dos países da América Latina seguiram as principais tendências do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo a partir de duas operações fundamentais: de um lado a expansão do catálogo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições (alargando os bens e os sujeitos tutelados), de outro a incorporação de novas garantias e institutos de controle jurisdicional e administrativo.

Nessa ordem de ideias, a tendência latino-americana consiste em assegurar a operacionalidade dos direitos e das garantias que a Constituição estabelece. A eficácia, a qual o sistema se predispõe, coliga-se a uma concepção normativa e realista da Constituição. Nesse novo espírito constitucional, os direitos são adjetivados de modo a reforçar e qualificar-lhes a efetividade – as Constituições tratam expressamente de "igualdade real", "tratamento equitativo e digno", "distribuição equitativa e solidária" – visando uma clara hierarquia de princípios e sua aplicabilidade direta e imediata. Visto que, como observa Roberto Dromi, "a operacionalidade e as formas jurídicas do automatismo de alguns direitos constituem a melhor garantia para o seu exercício a pleno direito, pois que não exige a incidência de outras vontades".

A atenção dada à força normativa da Constituição e a previsão da aplicabilidade direta – na medida em que se reconhece a imediata preceptividade das disposições constitucionais – impulsionaram uma progressiva jurisdicionalização do Direito Constitucional, com a criação de institutos *ad hoc* e órgãos competentes para assegurar o primado da Constituição sobre as outras fontes do Direito; dando vida, assim, a sistemas peculiares de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, caracterizados pela variedade e originalidade das disciplinas.

Já no final dos anos 90, portanto, é possível identificar, entre as principais tendências do moderno constitucionalismo latino-americano: 1. A ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a

proteção dos direitos humanos; 2. O aperfeiçoamento da tutela jurisdicional; 3. O garantismo constitucional, individual, coletivo e difuso; 4. A introjeção de figuras similares ao *ombudsman* e órgãos institucionais vigilantes dos direitos dos cidadãos e de controle da responsabilidade do Estado em tema de direitos humanos e direitos fundamentais; 5. A responsabilidade patrimonial do Estado; 6. A Constituição econômica, que reserva ao Estado a possibilidade de intervir e decidir as regras do jogo econômico na qualidade de Estado interventor e ‘prestacional’ que, a fim de realizar os objetivos da justiça social e do desenvolvimento socioeconômico, administra, planifica, controla e subvenciona a economia por meio de uma administração “*dirigente*”; 7. O Pluralismo político, cultural, social e multiétnico; e 8. O reforçamento dos direitos e deveres dos cidadãos como agentes corresponsáveis pela defesa da Constituição.

O “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO”

Mas é sobretudo na última década que o constitucionalismo na América Latina recebe nova linfa da promulgação das Constituições de Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Alguns autores, a propósito, sustentam que essas três Constituições formaram as bases do “novo constitucionalismo latino-americano”.

Nessa nova fase, conhecida também como “Constitucionalismo andino”, os textos constitucionais são elaborados por assembleias constituintes participativas, sendo posteriormente objetos de aprovação popular por meio de *referendum*. As cartas constitucionais são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, declaradamente comprometidas com os processos de descolonização. Ao mesmo tempo, as novas Constituições conjugam a integração internacional à ‘redescoberta’ de valores, tradições e estruturas locais e peculiares, e estimulam, assim, um novo modelo de integração latino-americana, de conteúdo marcadamente social, que supera o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatiza a solidariedade nesse novo contexto da integração.

Partindo do constitucionalismo clássico europeu, as novas Constituições procuram “avançar” sobretudo no que se refere ao pluralismo cultural e multiétnico, a inclusão social e participação política e a proteção ambiental, formando um quadro que visa o desenvolvimento sustentável: buscando equilibrar o uso dos recursos econômicos e ambientais e valorizar a diversidade histórico-cultural em favor de um modelo socioeconômico voltado a uma melhor qualidade de vida; o *bien vivir*, ou *sumak kawsay* (Constituição do Equador) e *suma qamaña* (Constituição da Bolívia).

A esse escopo é garantido o poder de intervenção pública na economia, em oposição ao modelo privatista e neoliberal – ‘sugerido’ pelas organizações econômicas internacionais e pelo capital



A tal fim, as Constituições estabelecem instituições paralelas de controle, fundadas na participação popular: o *'Poder Ciudadano'* na Venezuela, o *'Control Social'* na Bolívia e o *'Quinto Poder'* no Equador

– promove a recuperação e uma releitura da categoria “soberania popular”, no sentido de ‘refundar o Estado’, promovendo a participação direta dos cidadãos e da sociedade civil organizada na elaboração e na aprovação da Constituição, bem como no controle e na gestão da administração. A tal fim, as Constituições estabelecem instituições paralelas de controle, fundadas na participação popular: o *'Poder Ciudadano'* na Venezuela, o *'Control Social'* na Bolívia e o *'Quinto Poder'* no Equador. A subjetividade histórico-política e do ‘povo’, do conjunto heterogêneo de cidadãos, é enfatizada: como comunidade aberta de agentes constituintes, os cidadãos decidem os delineamentos efetivos do pacto social, ‘contratam’ e consentem o modo de governo do Estado, *no* Estado.

estrangeiro e ‘preferido’ pelas classes historicamente dominantes. Dos textos constitucionais resulta clara portanto a opção por um novo modelo de ordem econômica e social, inclusiva, participativa e solidária, em oposição à história que se desenvolveu dos primórdios da colonização aos dias atuais, que excluiu dos benefícios da produção econômica, social, cultural e política a grande parte dos cidadãos latino-americanos.

O novo modelo de Estado que se perfilha – que em razão do forte garantismo ambiental é chamado “Estado constitucional ambiental” ou “Estado de *welfare* ambiental” e por outros autores que sublinham o caráter pluralista é definido “Estado Plurinacional” ou “Estado Pluralista Multiétnico”

3. O PLURALISMO

Uma das principais tendências do constitucionalismo latino-americano contemporâneo consiste no reconhecimento jurídico e na tutela da diversidade e do pluralismo que caracteriza essas sociedades multifacetadas, mestiças e multiétnicas, que em muitos casos constituem efetivamente exemplos de Estados plurinacionais.

Esse novo caráter pluralista do Estado se manifesta em alguns países na previsão de um regime especial que protege os direitos das culturas ancestrais e aplica os postulados fundamentais dos direitos dos povos indígenas. Em outros países, o pluralismo das origens serve como princípio para reforçar a democracia contemporânea e, portanto, a herança cultural, nos seus aspectos

materiais e intangíveis, é protegida expressamente pelo texto constitucional, tanto em relação aos povos indígenas quanto aos afrodescendentes e às diferentes raízes europeias da colonização.

CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESCOLONIZANDO O ESTADO

Como se sabe, tradicionalmente o modelo de Estado nas Constituições latino-americanas representou formas de organização totalmente *alienígenas* em relação à realidade cultural, social, econômica e territorial dos povos latino-americanos.

Nos diversos textos constitucionais se consolidou uma tradição que consagrava um modelo de Estado centralizado ou federal, com ordenamento territorial e administrativo que não considerava os diferentes fatores étnicos, sociais, culturais, o *modus vivendi* dos povos originários do continente. Povos que, dessa forma, foram “subordinados por um império de instituições pertencentes a outras realidades típicas das sociedades dominantes” .

Esse conceito de Estado e instituições alienígenas faz ressoar na memória as palavras de Sérgio Buarque de Holanda, na obra clássica “As raízes do Brasil”, de 1936. Nessa obra, o autor trata da origem da sociedade brasileira, mas a perspectiva das ideias e instituições “fora de lugar”, que levam o cidadão a se sentir estrangeiro na própria terra, é uma lente que pode ser usada para ampliar o olhar sobre o panorama social e institucional que caracterizou a região latino-americana desde a “conquista” espanhola ou o “descobrimento” português.

“A tentativa de implantação da cultura europeia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas ideias, e teimando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho e de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem.”

O novo constitucionalismo, seguindo a onda de democratização da região, procurou inverter essa caracterização “colonizada”, e colonizadora, do Estado, que passou a assumir delineamentos “mestiços” com fundamento na ideia de uma cidadania plural.

Muitos Estados latino-americanos, portanto, proclamaram constitucionalmente o pluralismo na base da sua organização social, cultural e política.

Nesse sentido, a valorização da diversidade social, étnica e cultural leva a uma transformação do esquema organizacional, subvertendo os princípios e as clássicas formas do Estado (homogêneo, centralizado, monista e historicamente elitista) e democratizando a participação política a partir de uma dinâmica dialógica entre igualdade e diversidade, que protege o direito de *ser igual* quando a diferença inferioriza, e o direito de *ser diferente* quando a igualdade descaracteriza. Essa tendência começa a ganhar corpo, em termos de abertura da democracia a novos direitos e novos sujeitos de direitos, entre o final dos anos 80 e o início dos anos 90, com a promulgação da Constituição brasileira (1988) e as sucessivas Constituições da Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), e com as reformas atuadas na Bolívia (1994), Nicarágua e Panamá (1995); consolidando-se como característica principal do novo constitucionalismo andino – em particular com as novas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que reconduzem o Estado à sua condição “natural” em diversos territórios da América Latina, ou seja, reconhecem e incrementam um modelo peculiar de *Estado plurinacional e comunitário*.

Os direitos dos povos indígenas são garantidos com artigos específicos nas Constituições da Argentina (art.75 ord.17), Brasil (231-232), Colômbia (art.7, 10, 63, 67, 72, 96, 246, 329, 330), El Salvador (art. 62, 70), Guatemala (art. 66. 70), Honduras (art. 173), México (art. 4), Nicarágua (art. 5, 121, 181), Panamá (art. 86, 104), Paraguai (art. 62-67) e Peru (art. 2 ord 19º, 48, 89, 149).

Em alguns países, como no Brasil, por exemplo, é reconhecida também a herança africana, mas os efeitos jurídicos dessa afirmação constitucional concernem predominantemente à valorização e à proteção do patrimônio cultural que lhe deriva. Essa proteção do pluralismo cultural se insere, assim, nas normas relativas à proteção dos bens culturais, que são asseguradas por previsões constitucionais: Brasil (art. 5, 215, 216), Colômbia (art. 63, 70,72), Costa Rica (art. 89), Cuba (art. 39), Chile (art. 19 ord. 10), El Salvador (art. 63), Guatemala (art. 57-56), Honduras (151, 172-176), México (art. 3 e 4), Nicarágua (art. 5, 58, 126-128), Panamá (art. 76-83), Paraguai (art. 81-83), Peru (art. 2 ord. 8 e 21), República Dominicana (art. 101) e Uruguai (art. 34).

Outros países, porém, avançaram ainda mais no reconhecimento do valor da herança dos povos ancestrais, como no caso do Paraguai (talvez o precursor dessa tendência), que na Constituição reflete em maneira autêntica a “cosmovisão” indígena, consagrando de modo explícito a preexistência de tal cultura, anterior à formação do Estado (art.62) e reconhecendo, como consequência fundamental da identidade étnica, o direito a aplicar livremente o sistema

originário de organização política, social, cultural e religiosa, e o respeito voluntário das normas consuetudinárias que regulam a convivência nas comunidades indígenas (ou seja, a adesão voluntária por parte dos sujeitos ao Direito Consuetudinário indígena).

Nessa perspectiva, a proteção constitucional da diversidade étnico-cultural e a valorização do patrimônio sociocultural dos povos indígenas comportam uma ineludível reformulação dos ordenamentos jurídicos, dado que o seu reconhecimento como “povo” implica o reconhecimento de uma sua particular identidade jurídica, política e social. Como consequência, emerge a reivindicação do direito à autonomia dos territórios indígenas, concebidos como capacidade de autodeterminação ou autogoverno e, ao mesmo tempo, uma efetiva participação no governo central.

Além disso, essa afirmação incide diretamente sobre o modelo de desenvolvimento econômico e o projeto de país desenhado na Constituição. Como resulta claro das disposições constitucionais no Equador e na Bolívia, que representam hoje, sem dúvida, um modelo avançado, criativo e corajoso de Estado constitucional pluralista e ecologicamente responsável.

A Constituição do Equador, por exemplo, no seu art. 275, estabelece que

o regime de desenvolvimento é um conjunto organizado, sustentável e dinâmico dos sistemas econômicos, políticos, socioculturais e ambientais, que garantem a realização do buen vivir, do Sumak Kawsay. O Estado planificará o desenvolvimento do país para garantir o exercício dos direitos, a consecução dos objetivos do regime de desenvolvimento e os princípios consagrados na Constituição. A planificação propiciará a equidade social e territorial, promoverá a concertação e será participativa, descentralizada e transparente. O buen vivir requer que as pessoas, comunidades, povos e nacionalidades gozem efetivamente de seus direitos e exerçam responsabilidades no marco da interculturalidade, do respeito a suas diversidades e da convivência harmônica com a natureza.

A Constituição da Bolívia, no seu art. 8, proclama os princípios ético-morais da sociedade plural e os pilares de sustentação do Estado:

- I. O Estado assume e promove como princípios ético-morais da sociedade plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não sejas preguiçoso, não sejas mentiroso, nem sejas ladrão), *suma qamaña* (viver bien), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (terra sem mal) e *qhapaj ñan* (caminho ou vida nobre).



- II. O Estado se sustenta nos valores de unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementaridade, harmonia, transparência, equilíbrio, igualdade de oportunidades, equidade social e de gênero na participação, bem-estar comum, responsabilidade, justiça social, distribuição e redistribuição dos produtos e bens sociais, para viver bem.

Estabelecendo no art.306 que:

- I. O modelo econômico boliviano é plural e está orientado a melhorar a qualidade de vida e o *vivir bien* de todas as bolivianas e bolivianos.
- II. A economia plural está constituída por formas de organização econômica comunitária, estatal, privada e social cooperativa.
- III. A economia plural articula as diferentes formas de organização econômica sobre os princípios de complementaridade, reciprocidade, solidariedade, redistribuição, igualdade, segurança jurídica, sustentabilidade, equilíbrio, justiça e transparência. A economia social e comunitária complementarará o interesse individual com o *vivir bien* coletivo (...).
- IV. O Estado tem o ser humano como máximo valor e assegurará o desenvolvimento mediante a redistribuição equitativa dos excedentes econômicos em políticas sociais, de saúde, educação e cultura, e na reinversão em desenvolvimento econômico produtivo.

Essas são questões de peculiar complexidade no território latino-americano, visto que os textos constitucionais, na maior parte dos casos, foram muito além da realidade social, econômica e política de cada país. O reconhecimento formal dos direitos dos *povos ancestrais* atende ainda uma real eficácia social na região, e as experiências dos países que tentam “levar a sério” essas disposições constitucionais – como a Bolívia de Evo Morales, por exemplo – têm encontrado não poucas resistências internas e internacionais. Trata-se de um problema que toca toda a região amazônica (que cobre uma área geográfica de dimensão superior à Europa ocidental), onde os direitos constitucionais dos povos indígenas e a proteção ambiental devem fazer as contas com os projetos de desenvolvimento econômico e os interesses do capital nacional e estrangeiro. Nessa sede, é importante sublinhar que não se trata de um “gap” apenas do Direito Constitucional de cada país: também no Direito Internacional, o direito à autodeterminação dos povos é expressamente garantido, e mesmo assim a comunidade internacional não viabiliza o exercício desse direito de modo eficaz por parte dos povos indígenas.

Contudo, o reconhecimento e a valorização do pluralismo abriu uma estrada que leva a uma evolução progressiva do constitucionalismo e a uma democratização da democracia constitucional, demonstrando que na América Latina (ao menos do ponto de vista formal, que é já um início) a diversidade étnico-cultural e as consuetudes das culturas ancestrais são uma realidade que “não se contrapõe ao Direito Positivo interno, mas, ao contrário, o enriquece”, tanto segundo a perspectiva “universalista” dos direitos humanos quanto do ponto de vista do Direito Constitucional.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Do estudo dos textos das Constituições latino-americanas se observa o delineamento de um novo estágio do Estado Constitucional, que se abre a novos direitos e novos sujeitos de direitos, numa transição em direção a uma democracia plural (e intercultural) e ecologicamente responsável.

As inovações introduzidas pelas constituições latino-americanas seguem no sentido de enriquecer o “patrimônio comum do Direito Constitucional”, avançando onde o constitucionalismo europeu parou, especialmente no que tange à proteção ambiental, ao reconhecimento e à valorização das diversidades étnicas e socioculturais e a novas formas de participação política e fiscalização democrática do Estado.

O pluralismo previsto nos textos constitucionais latino-americanos envolve, portanto, novos significados se comparados ao pluralismo proclamado no constitucionalismo europeu, que é predominantemente considerado como pluralismo de ideias e posições políticas, protegido em prol da democracia representativa, da qual se encontra excluída a maioria dos estrangeiros que vivem nos países da União Europeia e que, no entanto, representam parte significativa da população e da cadeia de produção – uma população marginalizada e que se alarga exponencialmente à medida que crescem os conflitos sociopolíticos, econômicos e ecológicos que induzem os fluxos migratórios na trilha dos processos de globalização.

Ao mesmo tempo, o pluralismo, desenhado sobretudo nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), chama a atenção para o fato de que uma efetiva inclusão social não se dá apenas no sentido da abertura do jogo a novos sujeitos e da democratização do acesso aos bens materiais produzidos pela sociedade. A redistribuição da riqueza econômica não produz legitimidade se não é acompanhada pela redistribuição do poder político e cultural, por meio do reconhecimento da diferença, dos diálogos interculturais e, nos casos de Estados plurinacionais, também por meio da autonomia e do autogoverno. Por essa razão, o processo político hoje na América Latina tem necessariamente um horizonte mais amplo, porque seus resultados não são independentes dos direitos coletivos e difusos que incorporam transformações econômicas, políticas, culturais, ambientais, de mentalidades e de subjetividades.



Certo que essas observações partem da teoria e dos textos constitucionais, porém é necessário ter sempre presente que a comparação constitucional é um estudo de textos e contextos. Nesse sentido, a linguagem dos direitos fundamentais na América Latina, como na Europa, é sempre mais uma linguagem comum. No entanto, a grande distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente conquistados é uma característica comum a todos os países latino-americanos e é exatamente por isso que a questão da concretização constitucional e da eficácia social dos direitos e garantias institucionais direcionadas a promover e assegurar uma efetiva democratização da vida política, econômica, social e cultural assume especial relevância nesse contexto.

BIBLIOGRAFIA

AAVV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edições de 2001 a 2007, em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=20071>.

AMIRANTE, Carlo. *Dalla Forma Stato alla forma Mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.

_____. *Unioni Sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2001.

ANDERSON, Gavin W. *Constitutional rights after globalization*, Oxford: Hart Publishing, 2005.

_____. "New Constitutionalism and the prospects for a New Constitutional Knowledge for the Global Age", Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, TBA, Berlin, Germany, Jul 25, 2007.

AZNAR, Inti Nahuel Pérez Aznar "Conocer la cara del repressor – Dos reflexiones sobre la publicidad de los juicios por delitos de lesa humanidad", *El País*, 17.02. 2009.

BALIBAR, Etienne. *Le frontiere della democrazia*. (trad. it. Andrea Catone). Roma: Manifestolibri, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. "Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos" in Walber de Moura Agra (org.), *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo, Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina., 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel, CARPIZO, Jorge e ZOVATTO, Daniel (org.) *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. México D. F: Universidad Nacional de México – UNAM, 2009.

CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DALMAU, Rubén Martínez. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008" in *Alter Justitia: Estudos sobre Teoría y Justicia Constitucional*. "Nueva Constitución Política: régimen del buen vivir e poder ciudadano". Año 2, nº 1, Universidad de Guayaquil, Ecuador, 2008, pp. 17 – 28.

DROMI, Roberto. "Contenido e interpretación de los derechos constitucionales" in AAVV, "Interpretando la Constitución", Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1978

GILL, Stephen Gill and BAKKER, Isabella, *New Constitutionalism and the Social Reproduction of Caring Institutions*, "Special Issue: Challenges for Global Health in the 21st Century: Some Upstream Considerations", *Theoretical Medicine and Bioethics*, Volume 27, Number 1, 35-57, Springer 2006.

HÄBERLE, Peter. *Lo Stato costituzionale*, (trad. it. F Politi e S. Rossi) Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2005.

_____. *Ermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo* in M. LUCIANI (org.) *La democrazia alla fine del secolo: diritti, eguaglianza, Nazione, Europa*. Roma-Bari: Laterza, 1994 (pp. 94-173).

_____. *Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale*. (trad. it. Paolo Ridola) Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993.



HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)* (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1991.

LEAL, Monia Clarissa Henning. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Berueri-São Paulo, 2003.

MELO, Milena Petters. *A concretização-efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil: Revista IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica- Janeiro-junho 2002. (34-35) p. 211-241.*

____. *Tupi or not Tupi? Entre modernismo, Tropicalismo e Pós-modernidade: breve ensaio sobre a identidade no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Ambiental. São Paulo: Ed. Fiuza, ano 4, vol. 15, 2008, pp. 145-160.

____. *"Direitos humanos e cidadania"* in LUNARDI, Giovanni e SECCO, Márcio (org.) *A fundamentação filosófica direitos humanos*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente*, in: Revista Acadêmica, ano 75. Recife, 1992

OMAGGIO, Vincenzo. *Teorie dell'interpretazione: giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.

ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna, Il Mulino, 2008.

ORTIZ-ALVAREZ, Luis A. e LEJARZA, Jacqueline. *Constituciones latinoamericanas*. Caracas: Academia de Ciencias políticas y sociales, 1997.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. (4º ed.) São Paulo: Max Limonad, 2000.

ROLLA, Giancarlo. *La tutela diretta dei diritti fondamentali da parte dei tribunali costituzionali in America Latina* – Centro di Ricerca sui sistemi costituzionali comparati, Università di Genova, 2006, /www.costituzionale.unige.it/crdc/centre/centre_publications.htm, consultado em 22.02.2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.

TORELLY, Marcelo D., *Justiça Transicional e Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*, Dissertação de Mestrado em Direito, Estado e Constituição – Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, novembro 2010.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. *El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001,

VALADES, Diego. *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, in FERNANDEZ SEGADO, Francisco (org.), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2003..

VALADÉS, Diego e CARBONELL, Miguel (org.). *El Estado constitucional contemporáneo: culturas y sistemas jurídicos comparados*, Tomo I. México D. F: Universidad Nacional de México – UNAM, 2006.

VIEIRA, José Ribas. *Refundar o Estado: O novo constitucionalismo latino-americano*, material didático do curso de Teoria do Estado – UFRJ, disponível em [Uhttp://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano](http://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano), consultado em 10.12.2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo e Constitucionalismo*, conferência apresentada no Seminário Internacional “Culture giuspubblicistiche e società nell’America Latina di oggi”, Universidade do Salento, Brindisi – Itália, 28 e 29.01.2011.

MILENA PETTERS MELO

Doutora em Direito pela Universidade de Lecce – Salento, Itália

Pesquisadora no Centro de Pesquisa sobre as Instituições Europeias – CRIE/UNISOB, Itália

Pesquisadora no Instituto Internacional de Estudos e Pesquisas sobre os Bens Comuns – IIERBC, França

Coordenadora do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – UNISALENTO, Itália

Professora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional – UNIBRASIL

ABSTRACT

Taking in consideration the new trends of the Latin American constitutionalism, regarding specially the protection and guaranties of the fundamental rights, this article highlights the advancement for the constitutional common heritage introduced by the recent Latin American constitutions, in particular the pluralism and the challenges for the “democratization” of the constitutional democracy.

PICHAÇÃO EM RUA DO RIO DE JANEIRO. 14 DE AGOSTO DE 1979.

FONTE: ARQUIVO NACIONAL.





CRIMES DA DITADURA MILITAR E O “CASO ARAGUAIA”: APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS

Luiz Flávio Gomes

Doutor em Direito Penal pela Universidade Complutense de Madri, mestre em Direito Penal pela USP e diretor-presidente da Rede de Ensino LFG

Valerio de Oliveira Mazzuoli

Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, doutor summa cum laude em Direito Internacional pela UFRGS e mestre em Direito Internacional pela Unesp

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios do Direito Penal no século XXI, sem sombra de dúvida, será conciliar sua clássica formatação legalista, vinculada à soberania de cada país, com as novas ondas (terceira e quarta ondas) do internacionalismo. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sua sentença de 24 de novembro de 2010, declarou a invalidade da Lei de Anistia brasileira, que acobertava os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante a ditadura (1964-1985). Isso significa a obrigação do Brasil de apurar, processar e, se for o caso, punir todos esses delitos. O STF, em abril de 2010, havia declarado a validade da Lei de Anistia. Ocorre que sua decisão