



## A CIDADANIA DENTRO DA SALA DE MÁQUINAS DO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR LATINO-AMERICANO<sup>1</sup>

*CITIZENSHIP INSIDE THE ENGINE ROOM OF TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA*

**Jorge Ernesto Roa Roa**

Professor pesquisador na Universidade Externado da Colômbia. Doutor em Direito (Ph.D. em Direito) pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona (2017). Mestre (LL.M.) em Ciências Jurídicas Avançadas pela Universidade Pompeu Fabra (2012). Mestre (LL.M.) em Governança e Direitos Humanos pela Universidade Autônoma de Madrid (2011). Advogado formado pela Universidade Externado da Colômbia (2010).

### RESUMO

Este artigo discute as teses sustentadas por Roberto Gargarella nos livros *La sala de máquinas de la Constitución* e *La justicia frente al Gobierno*. O objetivo desses livros é demonstrar que existe uma espécie de constitucionalismo transformador na América Latina. Esta forma de constitucionalismo se preocupa em realizar as mudanças e as promessas sociais que as constituições fizeram aos habitantes dos países latino-americanos. Do ponto de vista do desenho institucional, para o constitucionalismo transformador é muito importante que os cidadãos tenham amplo acesso aos tribunais. Este é um pilar da mudança social por meio do direito. Por essa razão, também se demonstra neste artigo que mecanismos como a ação pública de constitucionalidade são relevantes, quando se debate sobre os fundamentos democráticos do controle de constitucionalidade na América Latina.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo transformador; cidadania; democracia deliberativa; constitucionalismo dialógico; tutela estrutural.

---

<sup>1</sup> Tradução para o português brasileiro realizada por Eduardo Ramos Caron Tesserolli e Stanley Ernesto Prause Fontana do artigo publicado originalmente em espanhol na “Revista Derecho del Estado”, nº 49 (abr. 2021), 35–58. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.04> sob uma licença Creative Commons 4.0. A Equipe Editorial agradece ao autor pela permissão de tradução do texto. Revisão Final: Elcio Domingues da Silva.

---

## ABSTRACT

This article discusses the theses proposed by Roberto Gargarella in the books: *The engine room of the Constitution and Justice before the government*. The common purpose is to demonstrate that in Latin America there is a kind of transformative constitutionalism. This form of constitutionalism is concerned with materializing the changes and the social promises that Constitutions made to those who live in Latin American countries. From an institutional design point of view, transformative constitutionalism proposes that citizens have broad access to the supreme and constitutional courts. This is a pillar of social change through law. For that reason, the article also argues that mechanisms such as public action on constitutionality are relevant when discussing the democratic foundations of Latin-American judicial review.

**Key-words:** *Transformative constitutionalism; citizenship; deliberative democracy; dialogic constitutionalism; structural judgement*

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto central deste artigo é discutir as teses sustentadas por Roberto Gargarella, em relação com o constitucionalismo latino-americano<sup>2</sup>. Em concreto, será sustentado que existem manifestações do constitucionalismo transformador na América Latina que serviram para se superar a baixa aplicação<sup>3</sup> das promessas constitucionais. Ademais, será demonstrado que existem incursões significativas na sala de máquinas do constitucionalismo. Estas só foram possíveis devido a: i) à generosidade das disposições constitucionais, ii) à aplicação do *standing* para acessar a jurisdição constitucional (tanto nos *procesos de amparo* como nos processos de controle abstrato da constitucionalidade das leis), iii) à existência de um Poder Judiciário forte e deliberativo, que reaja a casos estruturais de violação de direitos e iv) um apoio mútuo entre a jurisdição constitucional e a jurisdição interamericana.

Adicionalmente, este artigo analisa a crítica que Gargarella formulou ao controle de constitucionalidade<sup>4</sup>. Neste âmbito, os três objetivos deste texto são – em primeiro lugar –

---

<sup>2</sup> As ideias centrais deste artigo foram apresentadas durante a minha conferência no seminário “El *ius constitucionale commune* en América Latina y las estructuras del Estado”, realizado durante os dias 6 e 7 de dezembro de 2016, no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heilderberg. Agradeço a Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Riberi, Magdalena Correa Hernao e Roberto Gargarella por seus comentários, que enriqueceram a pesquisa e me permitiram avançar na elaboração deste texto. Desde logo, agradeço a Roberto Gargarella por ler e comentar o primeiro manuscrito, e a Micaela Alterio por me animar a escrever (terminar) este artigo.

<sup>3</sup> Nota dos tradutores: optou-se traduzir a expressão *infra-aplicación* para o português como baixa aplicação, por preservar o mesmo sentido e para melhor adequá-la a nossa língua.

<sup>4</sup> GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013; trad. al castellano: GARGARELLA, Roberto. *La sala de*

demonstrar que essas objeções omitiram existência de desenhos institucionais da jurisdição constitucional abertos à cidadania; em segundo lugar, resgatar aspectos da proposta de Gargarella que respaldam a ideia de abrir as portas dos tribunais aos cidadãos como uma via para conectar a jurisdição constitucional com as minorias historicamente discriminadas; e, finalmente, sugerir que a *acción pública de constitucionalidade* é uma reforma destacável da parte orgânica da Constituição que se põe a serviço de algumas das generosas promessas estabelecidas na parte dogmática do texto constitucional.

É importante indicar que o propósito deste artigo não refutar as teses de Gargarella, mas sim advertir a existência de algumas omissões ou pontos cegos de suas abordagens. Um e outras podem ser relevantes para os argumentos e conclusões que o autor formula a respeito da compatibilidade, das funções e do rol da jurisdição constitucional na América Latina. Como não poderia ser de outra maneira, este texto pretende continuar um diálogo inacabado entre um mestre e um discípulo sobre a melhor forma de configurar os arranjos institucionais das democracias e dos sistemas jurisdicionais em uma região marcada por múltiplas tragédias democrática, sociais e humanitárias.

O artigo se divide em duas partes. Na primeira seção, foram analisadas e objetadas as teses sustentadas por Gargarella em *La sala das máquinas de la Constitución*. Por um lado, enfrenta-se a ideia que afirma a ineficácia das promessas constitucionais como uma consequência da contradição entre a parte dogmática e a parte orgânica das constituições. Por outro lado, discute-se a conclusão de que a contradição interorgânica é um traço próprio do constitucionalismo latino-americano. Finalmente, nesta seção se destacam algumas incursões significativas da cidadania dentro da sala das máquinas do constitucionalismo transformador na América Latina.

Na segunda seção, afirma-se que a análise e as propostas sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional realizadas em *La justicia frente al gobierno* têm um ponto cego de desenho institucional. Trata-se do mecanismo de acesso direto dos cidadãos ao controle abstrato de constitucionalidade que configura mudanças significativas no rol, funcionamento e legitimidade democrática da jurisdição constitucional latino-americana. O objetivo final é sugerir que o desenho institucional é fundamental quando se trata de avaliar o estado atual e as perspectivas do constitucionalismo latino-americano, e o seu potencial para aproximar a realidade à promessas que foram formuladas a quem habita a região.

---

máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz Editores, 2015.

## 2. O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR PERANTE A SALA DE MÁQUINAS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O objeto central da primeira parte deste artigo é comentar as teses sustentadas em *La sala de máquinas de la Constitución* em relação entre essa explicação histórica do constitucionalismo regional e as perspectivas de um constitucionalismo transformador. Para cumprir esse propósito, esta seção se divide em cinco partes. Na primeira, recupera-se a proposta geral de Gargarella sobre as causas da ineficácia das generosas cláusulas de direitos das constituições latino-americanas e a potencial existência de algumas *incursões*<sup>5</sup> excepcionais, mas significativas na sala de máquinas do constitucionalismo regional (seção 1.1). Na segunda, mantém-se que a tese sobre o impacto deficitário sobre a parte orgânica das constituições é correta, mas insuficiente para explicar a ineficácia das promessas constitucionais, porque existem outros fatores que ocasionam a baixa aplicação<sup>6</sup> da Constituição (seção 1.2).

Em terceiro lugar, faz-se referência à ideia de que a contradição interorgânica é própria do constitucionalismo latino-americano. Frente a essa particularidade, sustenta-se que o déficit de coerência entre as promessas constitucionais e a forma de distribuição do poder não é um fenômeno exclusivamente regional. Esta contradição decorre das próprias características dos processos constituintes, como cenários de negociação. Dentro destes se fazem mútuas concessões e se utiliza a abstração das disposições constitucionais para refletir os desacordos sobre os direitos, enquanto se utiliza um menor grau de abstração para a configuração das estruturas do Estado (seção 1.3).

As quarta e quinta seções se referem às *incursões* significativas. Por um lado, o objetivo é se distanciar da visão que se concentra exclusivamente nos mecanismos de tutela constitucional<sup>7</sup> e atrair a atenção para as vias de acesso direto dos cidadãos ao controle de constitucionalidade. Por esta razão, faz-se referência à *acción publica de*

<sup>5</sup> N.T. A palavra foi traduzida para o português, mas foi mantido o destaque em itálico do original.

<sup>6</sup> N.T. No original, a expressão “baixa aplicação” é uma tradução do original, grafada “*infra-aplicación*”. Tudo indica que a expressão original é um neologismo, pois não se encontrou seu registro no Dicionário Panhispánico de Español Jurídico, da Real Academia Española. Disponível em: <https://dpej.rae.es/>. Acesso em: 12 ago. 2023. Em todo este texto, será utilizada a expressão “baixa aplicação” para traduzir a expressão original “*infra-aplicación*”, por trazer significação bastante semelhante à proposta original do autor.

<sup>7</sup> N.T. Aqui, o autor utiliza a palavra *amparo* como em *recurso de amparo*, medida que pode ser interposto perante o Tribunal Constitucional. Em português, a expressão mais próxima é tutela. Por isso, escolheu-se a expressão “tutela constitucional” para traduzir a expressão “*amparo*” no texto.

*constitucionalidade*<sup>8</sup> como uma incursão muito mais potente, adequada e prometedora dos mecanismos de tutela (seção 1.4).

Finalmente, sustenta-se que a generosidade das disposições constitucionais é uma condição necessária – certamente insuficiente – para que as incursões ocorram em alguns países da região. Mesmo assim, mantem-se que os maiores logros na proteção dos direitos se geraram devido à ampliação do *standing* para o acesso à jurisdição constitucional. Ademais, neste ponto, propõe-se que a abertura dos juízes deu espaço à potencial existência de um constitucionalismo transformador latino-americano. Este tem um componente forte a favor de um maior acesso dos cidadãos e dos setores sociais tanto à justiça nacional quanto à internacional. Por essa razão, neste artigo, argumenta-se que as incursões significativas que reconhece Gargarella são, ao mesmo tempo, um dos eixos centrais do constitucionalismo transformador regional (seção 1.5).

## **2.1. Duas teses: o impacto deficitário na sala de máquinas e as incursões significativas**

Em *Latin American Constitutionalism (1810-2010)*, Gargarella afirma que o constitucionalismo da América Latina encapsula uma espécie de contradição interna. Por uma parte, os textos constitucionais da região incluem na parte dogmática um catálogo generoso de promessas constitucionais: direitos fundamentais, sociais, coletivos e do meio ambiente, direitos da natureza e dos animais e direitos das gerações futuras. Ao mesmo tempo, na parte orgânica, esses mesmos textos constitucionais mantêm um modelo de distribuição de poder que não é coerente nem funcional ao objetivo de fazer efetivas ou converter em realidade as caras promessas constitucionais<sup>9</sup>.

Isso posto no parágrafo anterior significa que os arranjos constitucionais sobre a organização do poder nos Estados da região se mantiveram intatos e desconhecem as transformações estruturais que requerem a materialização do que contido na parte dogmática das constituições. Incluso, a distribuição do poder desenhada desde a Constituição não só é um obstáculo para satisfazer essas promessas constitucionais, como

---

<sup>8</sup> N.T. Por se tratar de um nome dado a uma ação, que tem características muito próprias, a expressão original será mantida em itálico no texto.

<sup>9</sup> A expressão *promessas constitucionais* não corresponde à que utiliza o autor [N.T. aqui se refere a Roberto Gargarella], que tampouco compartilha que se denomine o catálogo de direitos das constituições latino-americanas dessa maneira. Agradeço a Roberto Gargarella por sua generosidade e paciência para me ajudar a compreender adequadamente a sua visão e estado atual do constitucionalismo na América Latina.

tem assegurado que os cidadãos careçam de mecanismos efetivos para incluir nas decisões ou para exigir os seus cumprimentos<sup>10</sup>.

Por essa razão, Gargarella retoma a ideia de Arturo Sampay e assinala que o constitucionalismo progressista da América Latina não ingressou na *sala de máquinas* das constituições para remover os obstáculos que impedem a realização dos direitos constitucionais. Incluso, O conservadorismo, por sua parte, teria compreendido melhor a importância da sala de máquinas. Por essa razão, a partir dos setores conservadores se permitiriam certas concessões ao progressismo em troca de assegurar que os mecanismos institucionais de poder fossem desenhados ao serviço de propósitos nem sempre explícitos na parte dogmática das constitucionais, ou contrários aos que efetivamente foram incorporados na Constituição.

Ao final desse diagnóstico, Gargarella destaca – sem excessivo entusiasmo – que existem duas experiências que se destacam parcialmente por terem se separado deste esquema, é dizer, das incursões apenas aceitáveis na sala de máquinas da Constituição<sup>11</sup>. Estas duas incursões têm relação com um fenômeno de *revitalização do poder judiciário* da região que tradicionalmente seria mantido distante dos cidadãos, especialmente, pelo procedimento elitista e fechado de eleição dos membros dos tribunais e pelas barreiras de acesso à justiça que enfrentariam os cidadãos mais desfavorecidos<sup>12</sup>.

Em primeiro lugar, Gargarella se refere à abertura da jurisdição constitucional na Costa Rica mediante o estabelecimento dos mecanismos de proteção dos direitos constitucionais e a criação da Sala IV ou Sala Constitucional dentro da Corte Suprema de Justiça desse país<sup>13</sup>. Em segundo lugar, destaca a abertura da jurisdição constitucional colombiana, a partir de 1991, mediante a incorporação da *acción de tutela* como mecanismo para a proteção judicial dos direitos fundamentais. Sobre o *instrumento de amparo*

---

<sup>10</sup> GARGARELLA, R. *Recuperar el lugar del pueblo en la Constitución*. En GARGARELLA, R. y NIEMBRO ORTEGA, R. (ed.), *Constitucionalismo progressista: retos y perspectivas*. México: UNAM-IIJ, 2016, 15-55.

<sup>11</sup> “Ahora bien, lo anterior no debe entenderse, de ningún modo, como sugiriendo la idea de que los casos citados sean la única manera, ni la principal, de concretar el reformismo social a través de la Constitución en nuestro tiempo. Este tipo de reformas, como hemos visto, tienden a mostrar limitaciones cruciales, especialmente cuando la estructura básica del poder político se mantiene intacta, y la organización y composición del Poder Judicial sigue siendo idéntica a la que era, como suele ser el caso”. GARGARELLA, R. La sala de máquinas de la Constitución, cit., 339.

<sup>12</sup> GARGARELLA, R. *Recuperar el lugar del “pueblo”*, cit., 38 y 39.

<sup>13</sup> “Entre las reformas del caso, destaca la extraordinaria ampliación dispuesta en la legitimidad para actuar ante la Corte, que vino acompañada de la ruptura con el estricto formalismo procesal que había caracterizado a la actuación del tribunal hasta el momento. Asimismo, debe agregarse el hecho de que cualquier persona quedó autorizada a abrir un caso ante la Sala iv, sin necesidad de recurrir a un abogado, sin necesidad de pagar ninguna tasa, sin necesidad de apegarse a argumentos y reglas preestablecidas”. GARGARELLA, R. La sala de máquinas de la Constitución, cit., 337

colombiano, afirma que “*permite a cualquier persona acceder a la Justicia sin ninguna exigência formal, sin la necesidad de incurrir em costos económicos, sin el requerimento de contratar a um abogado, y sin siquiera tener que demostrar que uno tiene interés concreto em el asunto por el que reclama. Es decir: una apertura máxima, difícilmente superable, em términos de acceso al tribunal*”<sup>14</sup>.

As duas incursões moderadas na sala de máquinas na Costa Rica e na Colômbia têm um denominador comum, que é a abertura da jurisdição constitucional. Ao escrito no parágrafo anterior se soma um respaldo empírico que indica, por uma parte, um incremento significativo do número de amparos recebidos pela Corte Suprema da Costa Rica entre 1990 e 2008 e, por outra, o aumento das decisões de revisão de tutela proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia entre 1992 e 2002.

Com base nesta informação, Gargarella levanta à seguinte conclusão, que resulta absolutamente relevante para o que se indicará mais adiante neste artigo: o grau de abertura dos tribunais constitucionais à cidadania é um fator que determina diretamente outros aspectos da jurisdição constitucional, *inter alia*, o grau de aproximação da judicatura com os cidadãos, a conduta dos tribunais, os temas que ocupam a sua agenda e o grau de deferência que mostram aos demais poderes do Estado. Como o mesmo autor indica:

*Cambios relativamente menores en el derecho de standing, junto con una reducción drástica de las exigencias formales acostumbradas en un proceso judicial, tienden a generar cambios radicales en la relación entre los individuos y el sistema judicial. Tales cambios se traducen, inequívocamente, en un incremento significativo en las cifras de litigiosidad y, asimismo, y de manera notable, em el propio comportamiento de los tribunales. Acosados por una sobrecarga de demandas provenientes de los sectores menos aventajados –que acceden, gracias a cambios como los citados, a la oportunidad de una repuesta judicial– los tribunales tienden a mostrar una apertura mayor a cuestiones vinculadas con derechos sociales y económicos. En el caso de la Corte colombiana, y contra la práctica de una mayoría de tribunales similares, el nuevo organismo judicial terminó por ocuparse, mayormente, de resolver casos relacionados con derechos sociales*<sup>15</sup>.

Agora faz sentido examinar se a explicação oferecida por Gargarella sobre as causas da indeficácia dos direitos constitucionais são satisfatórias e realizar algum aperfeiçoamento sobre os mecanismos de abertura da jurisdição constitucional em alguns países da região. Tudo isso permitirá, finalmente, estabelecer uma conexão entre as denominadas incursões significativas na sala de máquinas e o constitucionalismo transformador latino-americano.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 338.

<sup>15</sup> *Ibid.*, 339.

## **2.2. A ineficácia das promessas constitucionais como consequência do baixo impacto na distribuição de poder da seção orgânica das constituições: explicação necessária, mas insuficiente**

A explicação da ineficácia das promessas constitucionais a partir da contradição entre a parte dogmática e as estruturas orgânicas é necessária, mas não é suficiente para oferecer uma compreensão holística sobre as razões da baixa aplicação geral das constituições latino-americanas. A hipótese embasada exclusivamente na contradição interorgânica da Constituição desconhece os fenômenos que afetam a eficácia dos textos constitucionais da região: a evasão constitucional (condicionante interno) e as políticas econômicas que predominam através de organismos multilaterais e tratados bilaterais (condicionantes externos).

Com efeito, uma das causas internas da ineficácia das promessas constitucionais é a evasão constitucional. Esta ocorre quando o estado legisla por meio de normas regulamentares com conteúdo mais ou menos contrários às promessas constitucionais. Dessa maneira, os poderes executivos não só evitam o escrutínio político pelos parlamentos, senão evadem o controle de constitucionalidade que devem exercer os tribunais supremos constitucionais. Quanto ocorre esta forma de evasão, o controle de constitucionalidade fica a cargo dos tribunais administrativos. Estes últimos, com alguns matizes, carecem das competências suficientes para realizar um juízo de constitucionalidade adequado ou têm uma tradição muito limitada de revisão dos decretos e regulamentos<sup>16</sup>.

A evasão constitucional é muito mais inquietante quando se utiliza para interferir em matérias que estão reservadas a leis com procedimentos especiais de aprovação (*v.gr.*, leis orgânicas ou estatutárias) ou quando se utiliza para reformar a Constituição. Trata-se do fenômeno da reforma informal da Constituição, o qual foi pouco estudado na região, mas que, sem dúvida, impacta o grau de eficácia das promessas constitucionais<sup>17</sup>.

Por sua parte, o segundo grupo de causas da ineficácia das promessas constitucionais têm relação com aspectos externos. Com efeito, a explicação embasada exclusivamente na contradição interna das constituições também desconhece a existência

---

<sup>16</sup> ROA ROA, J. E. *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, 377-380.

<sup>17</sup> ALBERT, R. *Los métodos de la reforma informal*. En *Latin American Law Review*. n.º 3, 2019, 29-47.

de condicionantes externos que impedem a materialização das promessas constitucionais e, muito especialmente, das promessas sociais das constituições.

Trata-se, por exemplo, dos tratados internacionais subscritos por diferentes países da região que introduzem limites de conteúdo ou modificam a estrutura de poder de maneira que impedem a eficácia das promessas constitucionais. Esta causa da ineficácia dos direitos constitucionais é mais influente que as mesmas contradições internas da Constituição. Os tratados de livre comércio, o regime internacional de inversões ou os planos do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial ergueram barreiras muito fortes que impedem garantir, *inter alia*, o acesso a medicamentos a preços razoáveis, a consulta prévia às comunidades indígenas ou o estabelecimento de serviços públicos de qualidade. De modo que, na América Latina, resulta inegável a influência externa de instituições e instrumento que consolidaram um modelo econômico contrário à realização dos direitos constitucionais. Esta influência externa condicionou os processos constituintes do final do século XX e se reflete na configuração de muitas das instituições (*v.gr.*, bancos centrais) e arranjos incorporados nas constituições latino-americanas<sup>18</sup>.

### **2.3. O particularismo da contradição interna entre a parte orgânica e as promessas constitucionais como um traço característico das constituições latino-americanas**

A contradição entre as generosas promessas constitucionais e a distribuição do poder não é um fenômeno exclusivamente latino-americano. Trata-se de um traço global que se apresenta com uma questão de grau nos textos constitucionais. Em diferentes países são defraudadas tanto a promessa teórica de que a parte dogmática da Constituições inspira toda a parte orgânica como a aspiração de que se limite a desenvolver as promessas da Constituição. A coerência interna da Constituição é um ideal que se deve analisar criticamente, porque impede se aprofundar nos mecanismos para lidar com o dura fato de que os desacordos sociais também se expressam em contradições constitucionais internas<sup>19</sup>.

Desde logo, existem constituições latino-americanas que têm sido destacadamente generosas (*v.gr.*, Equador ou Bolívia). Por essa razão, nestes sistemas constitucionais a incoerência interorgânica é muito mais patente. Assim, seria possível aceitar que na

---

<sup>18</sup> Para uma explicação da ineficácia das cartas de direitos em nível internacional, com base nas estruturas econômicas, veja-se MOYN, S. *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*. Cambridge: Belknap Press, 2018, 173-211. Desde logo, para América Latina é muito relevante a análise que se encontra em VERSTEEG, M. *Can Rights Combat Economic Inequality? En Harvard Law Review*. Vol. 133, 2020, 2017-2060.

<sup>19</sup> WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001, 209-282.

América Latina a incompatibilidade entre as cartas de direitos e a estrutura de poder ocorre com um grau maior em relação a outras partes do mundo. Sem embargo, dali não se infere que este não será um fenômeno ou traço particular do constitucionalismo latino-americano. Esta particularidade nos impede de reconhecer a outros modelos constitucionais como pares e estudar a forma como lá têm lidado com essas contradições. A partir desse reconhecimento, poderia se estabelecer um diálogo construtivo sobre a base de problemas compartilhados.

Uma das razões principais que explicam a contradição interna das constituições em nível global é que os processos constituintes são cenários de negociação (mais que deliberação) nos quais estranhamente prevalece o consenso ou a unanimidade<sup>20</sup>. O pluralismo social implica que os processos constituintes estão mediados pelo desacordo e pela divisão. Estes dissensos são de todo tipo e recaem tanto sobre os princípios ou fundamentos como sobre reivindicações locais. Desde logo, as posições dentro de um processo constituinte também estão mediadas pelo grau de certeza sobre a possibilidade de acessar o poder que ostenta cada um dos grupos políticos que participam da assembleia constituinte<sup>21</sup>.

Em qualquer dos casos, esses dois fatores (pluralismo e desacordo) conduzem a que os processos de elaboração das constituições seja cenários de negociação, nos quais os bloqueios se superam por meio de votações de maioria ou mediante mútuas concessões. De modo que as constituições são o resultado desses jogos de forças e dessas mútuas aquiescências, nas quais não prevalece a preocupação por elaborar um texto coerente e articulado. A tese de Gargarella reconhece este fato. Sem embargo, não lhe atribui importância central como causa de baixo impacto da parte dogmática na sala de máquinas das constituições latino-americanas.

A grande concessão mútua na América Latina, como Gargarella assinala com outras palavras, é que o conservadorismo tem cedido a parte dogmática ao progressismo, mas este tem entregado a parte orgânica ao conservadorismo. Com efeito, o progressismo confiava que se tratava de um arranjo conveniente, porque a generosidade e a extensão das promessas constitucionais permitiram dar conta das suas reivindicações. Sob essa lógica, a construção de cartas de direitos generosas determinaria o desenho e o

---

<sup>20</sup> LERNER, H. *Constituent Assemblies and Political Continuity in Divided Societies*. En ELSTER, J. (ed.). *Constituent Assemblies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 57-78

<sup>21</sup> GINSBURG, T.; MELTON, J. y ELKINS, Z. *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 65-92

funcionamento da sala de máquinas. Sem embargo, a projeção ou o efeito da irradiação da parte dogmática sobre a parte orgânica se reduziu a uma mera expectativa teórica.

Por outro parte, quando em um cenário de pluralismo e desacordos fracassam tanto a negociação como as mútuas concessões, geralmente são escolhidas fórmulas abstratas, gerais e indeterminadas que deixam todo o espaço para a política legislativa ou ordinária (como a denominaria Ackerman) para a concretização das promessas constitucionais<sup>22</sup>. O uso da abstração reflete a impossibilidade de concretizar os desacordos sobre os direitos que temos e o seus conteúdos; e isso obriga a usar uma linguagem geral e a esperar que o legislador desenvolva as promessas indeterminadas que estabeleceram os constituintes<sup>23</sup>.

Em relação a este segundo aspecto, o problema regional não havia sido a contradição inter das constituições ou a generosidade das cartas de direitos, senão o bloqueio do elo que deveria completar o processo constituinte. Com efeito, a política ordinária latino-americana aprece afetada por duas falhas gerais: as cargas de inércias e os pontos cegos. Como indica *Rosalind Dixon*, as cargas de inércia implicam que os parlamentos não respondem ao desenvolvimento das promessas constitucionais, senão que atuam determinados por outro tipo de fatores<sup>24</sup>. Ademais, em muitos países da região, os parlamentos demonstraram sofrer cargas de inércia em relação ao desenvolvimento dos direitos sociais, a aprovação de leis para descentralizar o poder ou as mudanças necessárias dentro do sistema judicial ou eleitoral.

Assim mesmo, os pontos cegos assinalam a crise do sistema de representação, que se aprofunda com as deficiências epistêmicas do legislador. Muitos desses déficits estão conectados com o sistema eleitoral, mas outros tem relação com o próprio funcionamento de nossas democracias parlamentares. O cenário atual do sistema político latino-americano é a absoluta incapacidade para satisfazer o princípio de representação em sociedades com graus exacerbados de pluralismo.

Além desses dois fatores, também existe corrupção e cooptação de parlamentos por parte dos poderes privados e por parte do governo. Novamente, a promessa de que o Parlamento desenvolveria as abstratas e gerais garantias constitucionais foi frustrada. Pelo contrário, as instituições da parte orgânica foram construídas com uma linguagem mais

---

<sup>22</sup> ACKERMAN, B. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, 31.

<sup>23</sup> WALDRON, J. *Law and Disagreement*, cit., 147-208.

<sup>24</sup> DIXON, R. *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form Versus Weakform Judicial Review Revisited*. *En International Journal of Constitutional Law*. Vol. 5, n.º 3, 2007, 391-418

precisa que facilita seu desenvolvimento legislativo ou que incorpora ordens concretas para configurar as estruturas do Estado. Por isso, as cargas de inércia ou os pontos cegos não causam colapso dentro do mecanismo de arranjo institucional do poder.

Desde logo, diante das cargas de inércia, os pontos cegos, a corrupção e a cooptação dos parlamentos, a reação deveria ocorrer em outros níveis. No entanto, nestes tampouco concorrem as condições para a defesa das promessas constitucionais. Por exemplo, existe um movimento social débil e fragmentado que cede espaço às associações e às grandes organizações empresariais que ocupam o espaço da sociedade civil. Até mesmo na sociedade civil somente têm uma voz forte aquelas que possuem sólido respaldo econômico.

Em conclusão, a tese de que a sala de máquinas bem explica um parâmetro de conduta histórico e a forma como chegamos às constituições contemporâneas que incorporam essa contradição interorgânica. Mas, esta visão não explica satisfatoriamente o fato de que as promessas constitucionais sejam pouco aplicadas ou que tenham baixa eficácia<sup>25</sup>.

O panorama, então, é o seguinte: contradições constitucionais interorgânicas e intraorgânica; promessas constitucionais abstratas e indeterminadas; falta de concretização desses direitos por cargas de inércia, pontos cegos ou cooptação, e crises profundas do sistema de representação. Em meio a esse diagnóstico, a proposta do constitucionalismo transformador é que os juízes intervenham para avançar – dentro de suas competências e com todas as limitações – em um processo que aproxime a vida cotidiana das pessoas ao mundo que lhes foi prometido em suas constituições. Isso só é possível mediante as incursões significativas da cidadania na sala de máquinas do constitucionalismo transformador latino-americano.

#### **2.4. O acesso direto dos cidadãos ao controle de constitucionalidade como uma incursão significativa na sala de máquinas do constitucionalismo latino-americano**

Como já foi indicado, Gargarella analisou as práticas constitucionais dos mecanismos de amparo na Costa Rica e de tutela na Colômbia. Sua tese é que não são bons exemplos de configuração de sala de máquinas da Constituição a favor das promessas constitucionais porque “tais reformas (...) podem servir para ilustrar uma forma

---

<sup>25</sup> SAGER, L. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. A. Torres y V. Ferreres Comella (trad.). Barcelona: Marcial Pons, 2007, 109-140.

tão sigilosa como modesta (ainda que nada irrelevante) de ingresso na sala de máquinas do constitucionalismo”<sup>26</sup>. Segundo sua visão, ambas constituem “reformas sigilosas, localizadas e bem dirigidas que dão conta da importância, e da possibilidade efetiva, de levar a cabo modificações de peso na sala de máquinas da Constituição”<sup>27</sup>.

No entanto, em relação ao sistema constitucional colombiano, a inferência anterior merece uma reflexão e um comentário. Em primeiro lugar, tanto a descrição da abertura da jurisdição constitucional da Colômbia quanto a análise das cifras relacionadas com as decisões da Corte Constitucional desse país sugerem que Gargarella entende que, mediante a ação de tutela, as pessoas podem provocar diretamente a Corte Constitucional da Colômbia.

Não obstante, ao contrário do procedimento de amparo na Costa Rica, a ação de tutela na Colômbia não é um mecanismo de provocação direto da Corte Constitucional. O tribunal constitucional colombiano somente tem a função de revisar discricionária e excepcionalmente as decisões de tutela que foram proferidas pelos demais juízes do país. Em nenhum caso um cidadão pode peticionar diretamente ao tribunal por meio da ação de tutela. O sistema colombiano de unificação da jurisprudência em matéria de direitos fundamentais opera mediante o envio automático de todas as decisões definitivas de tutela à Corte Constitucional para que esta revise somente algumas dessas sentenças, com base em um catálogo muito discutível de critérios de seleção. O cidadão tampouco participa diretamente no processo de seleção.

Consequentemente, a precisão da análise de Gargarella consiste em que o autor ressalta um nível de abertura da Corte Constitucional da Colômbia que na realidade não existe. Essa reflexão permite afirmar que a análise de Gargarella incorpora um paradoxo, porque o autor se concentra em destacar a abertura da jurisdição constitucional colombiana em um âmbito em que tal abertura é duvidosa, ainda que deixe de lado um elemento essencial do desenho da sala de máquinas da Constituição colombiana que representa verdadeira e efetivamente uma das maiores aberturas possíveis da jurisdição constitucional mediante a ação pública de constitucionalidade.

Neste sentido, a ação pública de constitucionalidade pode significar uma ruptura significativa do modelo de constitucionalismo latino-americano desenhado por Gargarella. Com efeito, a abertura dos tribunais constitucionais à cidadania serviu, precisamente, para

---

<sup>26</sup> GARGARELLA. *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., 336

<sup>27</sup> *Ibid.*, 339.

que os cidadãos ingressem e operem dentro da sala de máquinas da Constituição<sup>28</sup>. Esse fenômeno tem produzido como consequência da conjunção entre a presença de um catálogo de direitos amplo e generoso e a existência de mecanismos institucionais para fazê-los efetivos mediante a intervenção judicial em sede de tutela e controle abstrato de constitucionalidade das leis. A existência de uma sala de máquinas idônea não é suficiente se não existe um conjunto de promessas constitucionais, e requer, como assinala Gargarella, uma organização do poder dirigida a materializá-las.

A ação constitucional de constitucionalidade existia na Colômbia muito antes da Constituição de 1991. De maneira que, durante todo o Século XX, na Colômbia ocorreu um fenômeno oposto ao que descreve Gargarella, porque existiu um mecanismo dentro da sala de máquinas de fácil acesso aos cidadãos que solicitaram a proteção de seus direitos, mas não havia um catálogo generoso de promessas constitucionais. De maneira que, na prática, a ação pública de constitucionalidade somente era exercida por grupos econômicos, políticos ou sociais muito poderosos com interesses exclusivamente privados<sup>29</sup>.

Por essa razão, a partir da Constituição de 1991 se conjugou o catálogo generoso de direitos com a ação pública de constitucionalidade. Este processo transformou um sistema no qual a Constituição contava com uma sólida garantia, mas sua parte dogmática não tinha nenhuma relação com a vida dos cidadãos, com suas necessidades, aspirações e projetos de vida. A nova Constituição significou a assunção de um texto constitucional que se sobressai mundialmente por sua plenitude, generosidade, atualidade e, especialmente, por sua conexão com a vida diária dos colombianos.

Ademais, a ação pública de constitucionalidade conseguiu que os temas sociais ocupassem uma boa parte da agenda da Corte Constitucional. Nesse âmbito, destaca-se o controle de constitucionalidade das leis com o conteúdo econômico que impulsionou a garantia dos direitos sociais diante da passividade do legislador<sup>30</sup>. O mecanismo de acesso direto ao controle de constitucionalidade se somou ao alto nível de sensibilidade dos juízes pela materialização das promessas sociais da Constituição em um contexto de desigualdade. De maneira que tem sido pela via da ação pública de constitucionalidade, e não somente pelo mecanismo de tutela, que na Colômbia “a abertura da porta dos tribunais

---

<sup>28</sup> ROA ROA. *Control de constitucionalidad deliberativo, cit.*, 336-377.

<sup>29</sup> CEPEDA ESPINOSA, M. J. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, 2007, 31.

<sup>30</sup> UPRIMNY YEPES, R. *The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates*. En GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T., *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor? Engñand: Ashgate Publishing*, 2006, 135-137

à população tendeu a se traduzir, de modo imediato, em um aumento extraordinário do litígio social, e em uma série de decisões também inéditas na matéria – com juízes participando ativamente na concretização dos direitos antes sociais que antes se negavam a reconhecer”<sup>31</sup>.

Esse tipo de prática judicial se soma a muitas outras (v.g., sentenças estruturais, audiências públicas, mecanismos de seguimento, visitas às comunidades, estado de coisas inconstitucional). Como se demonstrará a seguir, as incursões significativas da visão de Gargarella são um pilar fundamental do constitucionalismo transformador latino-americano.

## **2.5. As rupturas ou incursões significativas na sala de máquinas como pilares do constitucionalismo transformador**

O ponto de partida do constitucionalismo transformador em relação com a visão mais moderada que foi exposta na sala de máquinas é que a generosidade das cartas de direitos não acabou completamente esvaziada. Pelo contrário, esta funcionou como um impulso necessário (certamente não suficiente) para colocar em movimento as estruturas do Estado. Desde logo, o ideal é um constitucionalismo generoso em direitos e com estruturas orgânicas plenamente coerentes e a serviço das promessas constitucionais. A isso poderia acrescentar a existência de parlamentos independentes, proativos e com uma clara vantagem epistêmica. Para finalizar, seria possível pensar em um movimento social robusto e um poder judiciário limitado, mas vigilante. Esta é a promessa não cumprida do constitucionalismo e da democracia na maior parte do mundo.

A partir da perspectiva do constitucionalismo transformador, a generosidade moderada e bem administrada dos direitos é uma condição necessária para qualquer impacto na sala de máquinas de distribuição do poder. Trata-se de uma condição irrenunciável graças a qual, nos últimos anos, tem ocorrido incursões moderadas e relevantes na sala de máquinas. Desde logo, o constitucionalismo transformador tampouco renuncia às pretensões de construir estruturas compatíveis e de eliminar barreiras que impedem a garantia efetiva de promessas constitucionais. Este objetivo é central em uma visão transformadora do direito<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> GARGARELLA. *Recuperar el lugar del “pueblo”, cit.*, 42.

<sup>32</sup> BOGDANDY, A. V. Y.; MORALES ANTONIAZZI, M. *et al. Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. En* BOGDANDY, A. V. Y.; MORALES ANTONIAZZI, M. y FERRER MAC-GREGOR, E., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro*, 2016, 17-51

De acordo com essa perspectiva, o constitucionalismo transformador enfatiza a forma como a cidadania irrompeu na sala de máquinas da Constituição por meio da abertura da jurisdição constitucional<sup>33</sup>. Aqui há um ponto de encontro, porque Gargarella reconhece certas incursões significativas na sala de máquinas em países como Costa Rica ou Colômbia. Em seu critério, estas têm significado uma transformação modesta, mas bem localizada das estruturas de poder para colocá-las a serviço das promessas constitucionais. Sua conclusão é a de que a amplitude do *standing* para ter acesso à justiça é uma incursão significativa na sala de máquinas que se produz para abrir as portas dos tribunais à cidadania.

Para o constitucionalismo transformador também é fundamental que o maior acesso da cidadania à justiça doméstica e internacional. É possível afirmar que um dos elementos centrais do constitucionalismo transformador é a ampliação do acesso aos movimentos sociais e aos cidadãos a uma justiça constitucional e internacional forte, dialógica e independente. Por essa razão, no âmbito interamericano, o constitucionalismo transformador se compromete com modelos de justiça que sejam abertos para os cidadãos, de maneira que se possam implementar os standards internacionais sobre direitos humanos por parte dos tribunais nacionais. Daí por que são fundamentais tanto o recurso de amparo quanto a ação pública de constitucionalidade.

Disso se infere que a ampliação do *standing* para ter acesso aos tribunais é o ponto de conexão entre as incursões significativas formuladas por Gargarella na sala de máquinas e a ideia do constitucionalismo transformador na América Latina. Neste ponto, o que Gargarella denomina incursões significativas coincide com um dos traços essenciais do constitucionalismo transformador. Em ambos os casos, entende-se que as mudanças no *standing* não são somente arranjos processuais ou de legitimação ativa. Pelo contrário, como indica Owen Fiss, o desenho do *standing* incide na agenda dos tribunais, na relação da justiça com os cidadãos, e pode influenciar a atitude dos juízes diante dos problemas sociais<sup>34</sup>. Com efeito, o acesso amplo dos cidadãos aos tribunais aproxima a judicatura dos problemas cotidianos das pessoas, permite o controle cívico da agenda judicial e conecta as instituições orgânicas com as promessas constitucionais. Esta é uma premissa que

---

<sup>33</sup> ROA ROA, J. E. *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law Research Paper, n.º 2020-11, Heidelberg, mayo de 2020.

<sup>34</sup> FISS, O. *The Forms of Justice*. En *Harvard Law Review*. Vol. 93, n.º 1, 1979, 1-58.

poderia ser compartilhada tanto por Gargarella quanto pelo constitucionalismo transformador.

A diferença, desde logo, encontra-se nos detalhes. Ainda que para Gargarella esta é somente uma incursão moderada, para o constitucionalismo transformador se trata de um pilar fundamental. O que a sala de máquinas assume como exceção que se afasta do funcionamento do constitucionalismo transformador latino-americano, para o constitucionalismo transformador é, ao mesmo tempo, a perspectiva correta que permite promover mudanças sociais por meio do direito. A diferença ocorre no ponto de valoração das incursões.

Contudo, tanto a visão da sala de máquinas quanto a do constitucionalismo transformador coincidem em destacar a ampliação do *standing* como um elemento essencial que tem permitido verdadeiras mudanças no constitucionalismo da região e, ainda mais importante, na vida dos que nela habitam. Daí que também é necessário levar em conta este desenho da jurisdição constitucional quando se faz referência à sua legitimidade democrática. Como se demonstrará na próxima parte do artigo, é importante reconhecer que a relação de compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia muda de modo radical quando o cidadão é o primeiro link da análise do contraste entre a lei e a Constituição.

### **3. A JUSTIÇA FRENTE AO GOVERNO EM O CIDADÃO PERANTE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Em “A justiça frente ao governo”, Gargarella defende que os sistemas de controle de constitucionalidade podem obedecer a dois tipos de paradigmas opostos entre si: o conservadorismo elitista e a tradição radical. Cada uma dessas tradições têm uma posição diferente sobre: i) a maneira como se devem resolver os desacordos dentro da sociedade, ii) um conceito de imparcialidade e iii) uma ideia sobre o controle de constitucionalidade.

#### **3.1. O conservadorismo elitista, a tradição radical e os modelos intermediários**

Em primeiro lugar, o conservadorismo elitista se denomina dessa maneira porque parte da ideia de que os desacordos da sociedade podem ser resolvidos sem levar em conta a opinião dos interessados ou dos afetados por esse acordo. Conseqüentemente, o âmbito de decisão passa a uma minoria de especialistas que perde todo o tipo de contato

com a cidadania. Neste esquema, a imparcialidade é garantida precisamente pela distância entre o órgão que resolve os desacordos e as opiniões dos cidadãos.

Em relação ao *judicial review*, o modelo de controle de constitucionalidade proposto por Hamilton e Marshall nos Estados Unidos refletiria esta primeira tradição. Este desenho transforma o supremo tribunal nessa instituição especializada, alheia à cidadania e especialista em proteger a Constituição das paixões cidadãs expressas por meio das leis<sup>35</sup>.

Em segundo lugar, a tradição radical responderia a cada um dos elementos do conservadorismo. Por um lado, afirmaria a necessidade de estabelecer procedimentos amplamente participativos da decisão e um conceito de imparcialidade relacionado com a possibilidade de obter uma síntese ou acordo razoável depois de ter escutado os argumentos de todos os interessados.

A tradição radical defende a preeminência de decisões legislativas sobre qualquer tipo de controle externo, de maneira que “os juízes não teriam direito a contradizer ou substituir os órgãos políticos nas resoluções desses casos”<sup>36</sup>. Segundo este esquema, o controle de constitucionalidade é atribuído aos próprios parlamentos ou a outro tipo de órgãos representativos e diretamente conectados com a cidadania.

Entre esses dois modelos opostos entre si, o autor reconhece que há fórmulas intermediárias que pretenderam modificar a influência radical mediante a aceitação do controle judicial de constitucionalidade e mitigar o conservadorismo por meio de mecanismos para criar pontos de conexão entre os tribunais e os cidadãos. Entre outros, o autor menciona como exemplos de desenhos institucionais intermediários o julgamento por jurados, a intervenção de grupos de pressão no processo judicial, as contribuições do *amicus curiae* ou a eleição popular dos membros do tribunal. A ideia destas opções institucionais é a de que os cidadãos com menor representatividade a definição dos desacordos tenham acesso aos tribunais com uma probabilidade razoável de que suas pretensões sejam atendidas pela judicatura<sup>37</sup>.

### **3.2. A proposta de Gargarella para reduzir a tensão entre a democracia deliberativa e a jurisdição constitucional**

Nem os modelos extremos, nem as fórmulas intermediárias são satisfatórias para Gargarella. Por essa razão, o autor fez uma proposta no âmbito da democracia deliberativa.

<sup>35</sup> GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 67-77.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 108.

<sup>37</sup> *Ibid.*, 125-133.

Esta ideia também reage aos dois modelos opostos e aos sistemas intermediários. Em relação ao elitismo, a tese do autor reivindica o princípio de igual dignidade política. Em relação à tradição radical, Gargarella assinala que sua proposta é genuinamente radical porque se centra na participação efetiva dos interessados no desacordo.

Segundo a sua ideia, a imparcialidade da decisão que resolve um desacordo social está garantida pela criação de mecanismos institucionais que asseguram a participação daqueles que são tradicionalmente excluídos do processo de decisão em virtude de sua debilidade política, social ou econômica. Nesse quadro, as decisões finais “não acabam enviesadas indevidamente em benefício de alguma pessoa ou grupo, mas tratam a todos com igual consideração”<sup>38</sup>.

Conforme dito, em matéria de controle de constitucionalidade, Gargarella sustenta algumas modificações para aumentar o grau de suportabilidade democrática do *judicial review*. Por um lado, sugere que os tribunais constitucionais perdem a última palavra sobre a constitucionalidade das leis. Para esse propósito, propõe adotar o mecanismo de reenvio que habilita a intervenção dos tribunais para advertir o legislador que cometeu um erro ao aprovar uma lei que contraria a Constituição. Essa intervenção obrigaria o legislador a deliberar novamente e a decidir, definitivamente, se modifica ou não essa lei<sup>39</sup>.

Trata-se de um sistema muito parecido com o das declarações de incompatibilidade que se implementou no Reino Unido a partir da entrada em vigor do *Human Rights Act*<sup>40</sup>. A razão pela qual o Parlamento fica com a última palavra e os juízes estão obrigados a aceitar a decisão legislativa final está diretamente conectada com as maiores credenciais democráticas do órgão legislativo em relação ao poder judiciário.

A segunda proposta se dirige a garantir a melhor proteção das minorias dentro do processo de controle de constitucionalidade. Nesse âmbito, Gargarella convida a imaginar a possibilidade de que, nos casos relacionados com os direitos das minorias, os tribunais remetam a decisão a outro órgão colegiado especializado na proteção dos direitos das minorias, ou, ao menos, que os tribunais solicitem *amicus curiae* dessas instituições e de outras que representem a minoria envolvida<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, 178.

<sup>39</sup> *Ibid.*, 193-196.

<sup>40</sup> Sobre o impacto do *Human Rights Act* no âmbito do direito de propriedade, da proteção dos direitos sociais, do processo penal, à ideia clássica de soberania parlamentar ou o direito privado, podem ser consultados, entre muitos outros: BELLAMY, R. *Political Constitutionalism*, cit., 86-111; KAVANAUGH, A. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; YOUNG, A. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*. Oxford: Hart Publishing, 2009, 95-159.

<sup>41</sup> GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 205.

### 3.3. O ponto cego: o cidadão perante a jurisdição constitucional

Como se pode inferir, tanto nos modelos intermediários quanto em sua própria proposta, Gargarella omite qualquer referência aos sistemas do *judicial review* que incorporam o acesso direto dos cidadãos aos tribunais. Esta omissão é relevante porque esses desenhos institucionais são paradigmáticos como mecanismos para aproximar os juízes da cidadania sem que necessariamente transportem os problemas próprios dos sistemas derivados do elitismo conservador, do populismo ou de esquemas intermediários.

Por essa razão, o propósito desse artigo é chamar atenção sobre o mecanismo de acesso direto ao controle de constitucionalidade que se implementou na Colômbia desde os princípios do Século XX. Em relação ao trabalho de Gargarella, o contexto colombiano envolve três aspectos que marcam uma diferença essencial com o constitucionalismo norte-americano que se embasa na justiça frente ao governo.

Por um lado, ao contrário da Constituição dos Estados Unidos, na Colômbia existem várias disposições constitucionais que expressamente atribuem à Corte Constitucional competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis. Ademais, estabeleceu-se o direito político de os cidadãos impugnarem os atos normativos do legislador quando a cidadania considera que o resultado do processo legislativo é contrário aos valores públicos da Constituição.

Em segundo lugar, o constituinte colombiano se satisfaz com a premissa representativa que faltou ao constituinte norte-americano de 1787. Com efeito, no ano de 1991 não existia nenhuma exclusão formal do sistema político colombiano porque já havia sido estabelecido o voto universal, assegurado maior grau de participação de grupos indígenas, das comunidades minoritárias e dos grupos armados desmobilizados. Tão somente as guerrilhas (*Farc* e *Eln*) e grupos paramilitares foram excluídos do pacto constituinte de 1991. Como o próprio Gargarella reconheceu recentemente:

[...] la Constitución colombiana fue el producto de un extendido y heterogéneo grupo de representantes (y que incluyó figuras de la derecha política junto con ex guerrilleros del grupo M-19, indígenas y minorías religiosas), que trabajaron en conjunto durante seis meses. Se trataría, según muchos, de la primera Constitución producto de un consenso genuino, y no la mera creación del grupo vencedor de ocasión<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> GRAGARELLA, R. *La sala de máquinas de la Constitución*, cit., 337.

Em terceiro lugar, a ideia de imparcialidade da judicatura que se encontra por trás do sistema colombiano de controle de constitucionalidade rechaça as bases do pensamento conservador e do elitismo epistemológico<sup>43</sup>. Com efeito, de acordo com o esquema de acesso direto das pessoas ao controle de constitucionalidade, a imparcialidade baseia-se na conexão direta entre o juiz e as diferentes posições do interior da sociedade. Trata-se de uma espécie de pluralismo epistemológico que se encontra no centro da democracia deliberativa e não contrário a ela. O eixo central dessa visão é a existência de uma Corte Constitucional cujos juízes estão conectados institucionalmente com os debates políticos mediante o sistema de acesso dos cidadãos ao controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, um mecanismo como a ação pública de constitucionalidade constitui um bom desenho para fortalecer a imparcialidade das decisões porque impede que o tribunal constitucional se feche em uma instituição conformada por um grupo de elite alheio às necessidades, interesses e opiniões da cidadania. A ação pública de constitucionalidade contribui para aumentar a reflexão pública coletiva e conecta as deliberações extrajudiciais com a discussão que ocorre dentro do tribunal<sup>44</sup>.

Do mesmo modo, não é improvável que o modelo de acesso direto ao controle de constitucionalidade tenha um potencial significativo para superar alguns dos mais agudos problemas de fundamentação democrática do *judicial review*. Contudo, Gargarella poderia assinalar que nenhum dos argumentos a favor de abrir a porta dos tribunais à cidadania ou das vantagens democráticas desse desenho será suficiente para superar “o fato de que um grupo seleto de indivíduos siga tomando decisões fundamentais em nome da maioria da população. Isto é, algumas mudanças como as sugeridas não modificam o caráter próprio da *judicial review*: alguns poucos seguem decidindo sobre questões constitucionais fundamentais no lugar da maioria”<sup>45</sup>.

Talvez Roberto Gargarella tenha a razão. No entanto, o objetivo desta parte do artigo é contribuir para que o debate sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade seja uma reflexão teórica sobre os fundamentos democráticos do *judicial review*, mas também com o contexto relacionado com o desenho institucional concreto de nossos sistemas de jurisdição constitucional. Finalmente, a tese que aqui se defende é que ignorar a existência de mecanismos de acesso direto ao controle de constitucionalidade implica um custo de oportunidade para a discussão sobre a

<sup>43</sup> GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 69.

<sup>44</sup> ROA ROA. *Control de constitucionalidad deliberativo*, cit., 311-335.

<sup>45</sup> GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno*, cit., 136

---

compatibilidade da revisão judicial das leis com o princípio democrático e com a democracia deliberativa. Essa omissão impede um intercâmbio aberto e completo sobre um desenho institucional que, como se indicou, pode implicar a incursão de cidadãos na sala de máquinas do constitucionalismo latino-americano. Em definitivo, trata-se de uma proposta para continuar o diálogo, de maneira que, como diria o grande Roberto, “nós seguimos”.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Existem três avanços importantes do constitucionalismo latino-americano na última metade de século. O primeiro esteve marcado pelo reconhecimento de que era necessário questionar os fundamentos democráticos do controle de constitucionalidade. Este não era um debate exclusivamente norte-americano ou europeu, nem uma questão superada na região. Pelo contrário, tratava-se de uma área da qual deveriam se ocupar com maior rigar e seriedade as reflexões filosóficas, políticas e constitucionais da América Latina. Por trás desse grande avanço se encontra a justiça frente ao governo.

O segundo grande passo ocorreu com a formação de uma identidade constitucional comum do constitucionalismo latino-americano. Este se baseou em uma leitura histórica da dialética dos processos constituintes e de seus resultados em cartas de direitos que usaram a estratégia da agregação e que descuidaram da configuração do poder. Este último não somente apareceu desconectado das generosas promessas, mas também, em boa medida, encarregou-se até os dias atuais de evitar que se materializem. Sem dúvida, aqui a peça-chave tem sido a sala de máquinas.

O terceiro avanço (ainda em andamento) centra-se em uma proposta teórica e de desenho institucional que demonstre a compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia na América Latina. Trata-se de uma construção que conhece, valora e compreende as preocupações do Norte Global neste âmbito, mas que se aproxima com cautela às conclusões que dali se inferem. Ao mesmo tempo, localiza-se no centro do debate a angústia por aproximar a realidade às promessas da Constituição e enfatizar o potencial transformador do direito. Dentro disso, ressalta-se o rol transformador de todos os poderes do Estado e, especialmente, da jurisdição constitucional.

No âmbito dessa terceira fase, o artigo assinala que o desenho da jurisdição constitucional que incorpora o acesso direto dos cidadãos ao controle de constitucionalidade tem uma série de virtudes democráticas e deliberativas que contribui

para a suportabilidade democrática do *judicial review*<sup>46</sup>. Este arranjo constitucional da judicatura pode ser uma peça-chave de uma teoria da jurisdição constitucional no âmbito do constitucionalismo latino-americano. Trata-se de um desenho institucional que promove a proteção judicial dos direitos mediante a discussão democrática dentro e fora dos tribunais. Um esquema no qual, contra o que se poderia intuir, promovem-se processos de mobilização social e de organização política porque cada um dos indivíduos pode ser o promotor de um ataque à constitucionalidade das leis. O contexto político e social da América Latina impõe, como assinala Grimm, que “a escolha seja realizada entre diferentes tipos de democracia e não entre a democracia e o controle de constitucionalidade”.

Ademais, esta configuração do desenho institucional da jurisdição constitucional pode ser um entorno favorável ao desenvolvimento de uma espécie de constitucionalismo transformador. Esta última visão do constitucionalismo se preocupa em concretizar mudanças sociais por meio do direito e rechaça uma visão excessivamente pessimista em relação ao papel dos tribunais na mudança social. O objetivo final é transformar o que verdadeiramente importa, isto é, a vida diária de quem sofre com a ineficiência das caras promessas que lhes foram feitas as generosas constituições.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, B. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- BELLAMY, R. *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 9, n.º 1, 2011, 86-111.
- BOGDANDY, A. V. Y; MORALES ANTONIAZZI, M. *et al. Ius constitutionale commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. En BOGDANDY, A. V. Y.; MORALES ANTONIAZZI, M. y FERRER MAC-GREGOR, E., *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, 17-51.
- CEPEDA ESPINOSA, M. J. *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, 2007.
- DIXON, R. *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-form Versus Weak-form Judicial review Revisited*. En *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 5, n.º 3, 2007, 391-418.
- FISS, O. *The Forms of Justice*. En *Harvard Law Review*. Vol. 93, n.º 1, 1979, 1-58.

---

<sup>46</sup> IGLESIAS VILA, M. *¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de la Constitución?* En *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*. Vol. v, n.º 3, 2016, 18 y 19.

GARGARELLA, R. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. 1.ª reimp.* Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de Transición, 2011.

GARGARELLA, R. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, R. *Recuperar el lugar del "pueblo" en la Constitución.* En Gargarella, R. y Niembro Ortega, R. (ed.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas.* México: UNAM-IIJ, 2016, 15-61.

GINSBURG, T.; MELTON, J. y ELKINS, Z. *The Endurance of National Constitutions.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

GRIMM, D. *Constitutional Adjudication and Democracy.* En *Israel Law Review.* Vol. 33, 1999, 193-215.

IGLESIAS VILA, M. *¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de la Constitución?* En *Revista Latinoamericana de Filosofía Política.* Vol. V, n.º 3, 2016, 1-24.

KAVANAGH, A. *Constitutional Review under the UK Human Rights Act.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

LERNER, H. *Constituent Assemblies and Political Continuity in Divided Societies.* En ELSTER, J. (ed.), *Constituent Assemblies.* Cambridge: Cambridge University Press, 2018, 57-78.

MOYN, S. *Not Enough. Human Rights in an Unequal World.* Cambridge: Belknap Press, 2018.

ROA ROA, J. E. *Control de constitucionalidad deliberativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

ROA ROA, J. E. *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano.* Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law Research Paper, n.º 2020-11, Heidelberg, mayo de 2020.

SAGER, Lawrence. *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana.* A. Torres y V. Ferreres Comella (trad.). Barcelona: Marcial Pons, 2007.

UPRIMNY YEPES, R. *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges.* En *Texas Law Review.* Vol. 89, 2011, 1587-1609.

UPRIMNY YEPES, R. *The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates.* En GARGARELLA, R.; DOMINGO, P. y ROUX, T., *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Englewood: Ashgate Publishing, 2006.

---

VERSTEEG, M. *Can Rights Combat Economic Inequality? En Harvard Law Review. Vol. 133, 2020, 2017-2060.*

WALDRON, J. *Law and Disagreement. Oxford: Oxford University Press, 2001.*

YOUNG, A. *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act. Oxford: Hart Publishing, 2009.*

Recebido em 17/08/2023

Aprovado em 28/08/2023

Received in 17/08/2023

Approved in 28/08/2023