

GARANTIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

GUARANTEES OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Prof. Dr. Sergio Cademartori

Profa. Dra. Daniela M.L. Cademartori

RESUMO: Neste ensaio, examinam-se as condições de possibilidade de instauração de um novo constitucionalismo na América Latina, a partir da análise de instituições e funções de garantia de direitos fundamentais em algumas constituições de alguns países do continente, precisamente aqueles que demarcam o novo modelo de constitucionalismo, designado como o novo constitucionalismo latino-americano. Para isso, realiza uma análise comparativa entre diversos institutos das Cartas da Colômbia, do Equador, da Venezuela e da Bolívia, a partir das contribuições da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, quem assinalou tais instrumentos de garantia na Carta brasileira de 1988. Assim, constata-se que, tal como a Constituição da República Federativa do Brasil, tais Leis Magnas apresentam garantias para os direitos fundamentais de tal monta que as tornam aptas para designar os modelos políticos que elas sustentam como verdadeiros Estados de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas de garantias; Novo Constitucionalismo Latino-americano; Constitucionalismo de 3ª geração

ABSTRACT: In this essay, we examine the conditions of possibility of introduction of a new constitutionalism in Latin America, from the analysis of institutions and functions guarantee fundamental rights in some constitutions of some countries on the continent, precisely those that marked the new model of constitutionalism, referred to as "new Latin American constitutionalism". To do this, perform a comparative analysis between several institutes of Constitutions from Colombia, Ecuador, Venezuela and Bolivia, from the contributions of the warrantist theory of author Luigi Ferrajoli, who noted such guarantee instruments in the Brazilian 1988 Constitution. Thus, it is noted that, as the Constitution of the Federative Republic of Brazil, such Constitutions have guarantees for the fundamental rights of such rides that make them suitable to designate the political models that they hold as true States governed by the rule of law.

KEY WORDS: Guarantee systems; New Latin American Constitutionalism; Third Generation Constitutionalism

1. INTRODUÇÃO

Discorrer sobre constitucionalismo implica falar sobre os mecanismos que ao longo dos séculos a engenharia política desenvolveu em função da limitação do poder. Estes mecanismos, ao se corporificarem em normas jurídicas, abrangem também o universo normativo, especificamente o direito constitucional. Isso leva inexoravelmente ao necessário vínculo entre Constituição e poder limitado, o que se obtém através da positivação em normas constitucionais de direitos e garantias para as pessoas e a divisão de poderes.¹

¹ ¿Un Estado puede llamarse constitucional, o provisto de Constitución, si, y solo si, satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes): 1) por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y 2) por otro, que los poderes de Estado (el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo

Então, para além da sua dimensão política, o constitucionalismo apresenta-se mais fortemente em seu aspecto jurídico, dado que são jurídicos os limites ao poder político. Como diz Ferrajoli:

[...] o constitucionalismo equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos. (2012 , p. 13)

Isto posto, cabe indagar-se sobre o *objeto* de limitação visado pelo constitucionalismo: a soberania ou o governo, representados ou representantes? Não parece haver dúvida de que o que sempre pretendeu esse complexo mecanismo foi a limitação do poder *soberano*, que se num primeiro momento era encarnado pelo Parlamento britânico, hoje em dia, nos Estados democráticos de Direito, repousa no povo. Então, é a soberania popular o objeto de contenção, até porque, sem limites, a lógica majoritária, ao presidir a soberania popular, pode conduzir à extinção do sistema democrático, como se viu na Itália e na Alemanha na primeira metade do século XX². É claro que esse mecanismo é criado pela própria soberania popular: o vocábulo constitucionalismo alude àqueles limites sobre as decisões majoritárias: de modo mais específico, aos limites que em certo sentido são autoimpostos.³

De qualquer sorte, o constitucionalismo, atravessando os últimos séculos e assumindo diversas feições, encontra solo fértil na América Latina, por ocasião da reconstrução democrática do subcontinente no último quartel do século XX, após a dura quadra enfrentada pelas suas sociedades sob regimes de força. A configuração assumida pelo atual constitucionalismo latino-americano passou a ser designada como o novo constitucionalismo. Para além da discussão de se há mais um componente de ruptura ou de continuidade desta nova feição constitucional em relação ao constitucionalismo tradicional⁴, encontram-se nas novas Constituições sul-americanas algumas contribuições originais para enriquecer a exitosa trajetória do constitucionalismo, notadamente na arquitetura que as mesmas adotam no que diz com as garantias dos direitos fundamentais, como se verá a seguir.

o de gobierno y el poder jurisdiccional) estén divididos y separados (o sea que se ejerzan por órganos diversos). (GUASTINI, 2001, p. 31)

² Viciano e Martínez, amparados na lição de García Roca, entendem que o que é limitado pelo constitucionalismo é o poder dos representantes da soberania popular, e não o poder soberano do povo. Como a passagem de García citada para alicerçar esse entendimento refere-se à limitação do Príncipe, que nos Estados democráticos é o próprio povo (e, em decorrência, dos seus representantes), não se concorda com o entendimento esposado pelos ilustres professores valencianos. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010a, p. 13)

³ El vocablo *constitucionalismo* alude a aquellos límites sobre las decisiones mayoritarias: de modo más específico, a los límites que en cierto sentido son autoimpuestos. (Tradução livre dos autores. ELSTER, 1999, p. 34)

⁴ Para uma rica discussão sobre o tema: VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN, 2010a, p. 14-20.

2. O PANO DE FUNDO TEÓRICO

Considerando o enfraquecimento do conceito de Constituição e a própria crise do direito do pós II Guerra Mundial, a teoria constitucional e a própria teoria do direito passaram a acentuar a distinção entre os conceitos formal e substancial de Estado Constitucional. Além da Constituição formal, faz-se necessário que o ordenamento jurídico esteja impregnado pelas normas constitucionais. Um Estado só será um Estado Constitucional se contar com uma Constituição em sentido substancial/material, fruto da legitimidade democrática, bem como com instrumentos que garantam a limitação do poder e a efetividade dos direitos fundamentais. Sendo assim, o conceito de Estado Constitucional é um conceito em construção, visto envolver a luta pela efetivação de dois elementos fundamentais: a legitimidade democrática e a normatividade.

No início da década de 90, as novas Constituições da América Latina apresentaram-se como uma resposta inovadora à crise constitucional. São propostas de superação do conceito de Constituição como mero limite ao poder constituído na proporção em que avançam ao apresentar uma fórmula democrática em que o poder constituinte expressa sua vontade também sobre a configuração e limitação da própria sociedade. Por outro lado, as novidades no direito constitucional, justamente por envolverem uma íntima relação entre democracia, governo e direito, fundamentos do constitucionalismo em geral, acabam por não consolidar-se em sua totalidade.

Na sequência apresentar-se-á algumas facetas da discussão teórica envolvendo a tipologia das novas constituições de modo a possibilitar as bases para a compreensão de seu significado inovador.

Além do seu enquadramento teórico dentro das reivindicações éticas desencadeadas pelos efeitos desastrosos dos totalitarismos do século XX, o fato de as Constituições andinas terem sido criadas ou reformadas após a vigência de ditaduras militares e da aplicação de políticas neoliberais na região acrescenta novos elementos à discussão, tornando possível a afirmação de uma nova fase do constitucionalismo. Devem ainda ser levados em conta os espaços geográfico e humano nos quais incidem estas Constituições. É preciso considerar a conformação histórica que o direito da cultura ocidental assumiu, por ocasião da colonização da América Latina pelo europeu, quando este direito entrou em contato com uma realidade profundamente diversa em relação àquela em que foi formulado, no caso, num contexto de um processo de violenta submissão ou eliminação dos povos nativos.⁵

⁵ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. Prefácio. In: _____, 2006, p.XV. Sobre o tema ver também WOLKMER, A. C., 1994 e _____ ; WOLKMER, M. de F. S. In: CADEMARTORI, D. M. L. de et al, 2013, p. 427- 442

Por ora, a questão refere-se à classificação dada a esta nova fase - novo constitucionalismo, constitucionalismo andino, ou, ainda, constitucionalismo de terceira geração-, e a inclusão ou não de determinados processos constitucionais nesta categoria. Uma das divergências refere-se à inclusão do Brasil nesta seara. Basta lembrar os escritos de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo⁶, autora que propõe uma evolução em ciclos do que denomina constitucionalismo pluralista. De acordo com a sua classificação, o processo constitucional brasileiro é incluído em um primeiro ciclo (1982 ó 1988), o do constitucionalismo multicultural. Após este, constitui-se um novo ciclo que se inicia em 1989 e vai até 2005, o do constitucionalismo pluricultural; e, finalmente, chega-se ao terceiro e último ciclo, o do constitucionalismo plurinacional (2006 ó 2009), do qual fazem parte os processos boliviano e equatoriano. Note-se ainda que existem autores⁷ que consideram que a nomenclatura de *novo constitucionalismo* deve ser mantida, remanescendo a separação entre neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano. Incluem assim a Constituição brasileira no primeiro e as Constituições da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia no segundo. O fato é que ambas as posições retiram a Constituição brasileira do rol de seus estudos. De seu lado, autores como Luigi Ferrajoli postulam uma classificação das constituições em três gerações: a primeira, aquela das liberdades, a segunda sendo a do constitucionalismo dos direitos sociais e por último, um constitucionalismo de terceira geração, marcado pelo aumento das esferas de indecidibilidade e das garantias que, partindo da Constituição brasileira de 1988, chega às novéis Cartas latino-americanas.⁸

Para o novo constitucionalismo, o conteúdo da Constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, isto é, deve gerar mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania. Este novo constitucionalismo, além de pretender garantir um real controle sobre o poder por parte dos cidadãos, busca solucionar o problema da desigualdade social. Como estas sociedades não chegaram a vivenciar o Estado Social, existe a tendência, entre alguns autores, a pensar que foram as lutas sociais a razão para a aparição do fenômeno representado pelo novo constitucionalismo latino-americano.⁹

⁶ FAJARDO, R. Z. Y., 2010.

⁷ Tais como Miguel Carbonell, José Antonio Martín Pallín, Carlos Gaviria Díaz e Carlos Alberto López Cadena.

⁸ Se a 1ª. Geração do Constitucionalismo foi marcada pelas Constituições flexíveis, nos séculos XVIII e XIX, a 2ª foi marcada pelas Constituições rígidas do 2º pós-guerra. Já as Constituições de 3ª Geração são longas e preveem instituições de garantia, sendo bem mais complexas que as europeias ou do 2º. Constitucionalismo. (FERRAJOLI, 2012. p. 232)

⁹ Los recientes procesos constituyentes latino-americanos, por lo tanto, pasan a ser procesos necesarios en el devenir de la historia como resultado directo de los conflictos sociales que aparecieron durante la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta, y de los movimientos populares que intentaron contrarrestarlos. (VICIANO

O centro da divergência entre estas doutrinas sobre a inclusão ou não do Brasil neste cenário diz respeito à alegação de existência de um déficit de legitimidade democrática presente no processo constituinte brasileiro, entre os anos de 1987-1988. Por um lado, existem aqueles que se apegam a este fato, classificando a Carta brasileira como uma mera herdeira do neoconstitucionalismo pós-bélico, e portanto descartando-a em suas considerações quando o tema é o constitucionalismo latino-americano. Ferrajoli, pelo contrário, considera que o fato das constituições latino-americanas terem sido criadas ou reformadas após a queda dos regimes ditatoriais é determinante para uma nova fase do constitucionalismo, - o de terceira geração. As novidades apresentadas por essa Constituição foram de tal monta que acabam sobrepondo-se ao modelo europeu de constitucionalização rígida.

Para o autor italiano, a Constituição brasileira inaugurou tal constitucionalismo de terceira geração, que fez com que o próprio paradigma constitucional fosse responsável por formular um modelo normativo avançado. Trata-se do ômais relevante banco de provas da teoria constitucionalö, apresentando uma dupla face: ô[...] uma progressiva, em face das extraordinárias inovações trazidas através das instituições e das funções de garantia dos direitos fundamentais; outra potencialmente regressiva, em face das tensões que dela podem derivar na manutenção do estado de direito.ö (FERRAJOLI, 2012, p. 233-4)

Visto esse panorama, este ensaio pretende - sem intenção de esgotar o assunto - examinar alguns aspectos das novidades trazidas pelas novas Cartas, precisamente algumas garantias para os direitos fundamentais ali estampados. Para isso, se deterá primeiramente, de forma esquemática, em algumas características apresentadas pelas mesmas. São tomadas como objeto de análise as Constituições da Colômbia (1991), da Venezuela (1999), do Equador (após a reforma de 2008) e da Bolívia (2009).

3. OS CONTEXTOS HISTÓRICO-SOCIAIS DE SURGIMENTO DAS NOVAS CARTAS SUL-AMERICANAS

A Carta colombiana de 1991 surge num ambiente social marcado por duas características: uma longa tradição de violência e a forte presença de oligarquias regionais. Formou-se no imaginário local a visão geral de que a maioria deveria satisfazer os anseios da *provincia* colombiana, dominada por violentos grupos políticos. Sem desconsiderar o fato de que nessa democracia preponderavam o medo e

PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010a, p. 9-10). Sobre o tema conferir: SEONE, J.; TADDEI, E.; ALGRANATI, C. 2011, p 27 e ss.

a violência política, evidencia-se um modelo de participação aberta, tanto em relação ao processo constituinte quanto ao que concerne às votações e discussões que culminaram na Carta colombiana de 1991.¹⁰

No caso da Venezuela, vale destacar, além da Constituição de 1999, os processos e as tentativas de reformas do referido texto.¹¹ Porém, antes de tais ressalvas, alerta-se para o principal objetivo da Assembleia Constituinte, qual seja o de recuperar o princípio da soberania popular frente à crise do antigo sistema. No período, a Venezuela vivenciava uma longa fase de estabilidade política, expressa no chamado *Pacto de Punto Fijo*¹². O pacto foi rompido por protestos massivos que se opunham ao governo de forte matriz liberal, principalmente no que tange ao tema da política econômica. O movimento ficou conhecido como *Caracazo*, de oposição à insensibilidade social do Estado venezuelano. Neste clima de ruptura com o antigo regime, surge um ambiente favorável ao estabelecimento de uma Assembleia Constituinte. Destaca-se então a ascensão do coronel Hugo Chávez e de sua doutrina *Del socialismo del siglo XXI*, como uma nova liderança nacional, tendo sido eleito presidente da República em 1998.¹³

No momento posterior à promulgação da Constituição de 1999 surgem problemas decorrentes da atuação de elementos *puntofujistas*. Estes ocupavam cargos de ponta nas instituições do governo, praticando uma obstrução institucional, isto é, os partidos políticos do antigo sistema mantinham sua influência. Esta situação ficou patente nos argumentos que levaram o presidente Hugo Chávez a propor a reforma na Constituição. Segundo o próprio Chávez, a execução da doutrina que prega *El socialismo del siglo XXI* era barrada por impedimentos constantes no texto constitucional de 1999. Assim, perguntou-se à população se ela estava disposta a levar adiante a doutrina. A resposta a estas questões devia ser expressa nas urnas por mecanismos estabelecidos pela Constituição de 1999 como imprescindíveis para a entrada em vigência das reformas. Logo, coube ao povo, no exercício do poder constituinte - pelo qual qualquer mudança constitucional deve passar por sua aprovação direta - decidir sobre eventuais alterações. Assim, destacou-se a forte presença da soberania popular nesse novo constitucionalismo: o bom critério dos constituintes venezuelanos de 1999 eliminou o suposto poder

¹⁰ Cf. CADEMARTORI, D.M.L de; COSTA, B.L.C., 2013, p. 220-239.

¹¹ Viciano e Martínez consideram que o primeiro processo constituinte produzido conforme os requisitos do novo constitucionalismo deu-se com a Constituição venezuelana. Deram-se ali os elementos centrais dos processos constituintes ortodoxos (*referendum* ativador do processo e *referendum* de aprovação), e a exclusão da possibilidade de futuras reformas. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010a, p. 24)

¹² O termo como es conocido el régimen venezolano anterior, que dio comienzo tras el pacto de los principales partidos políticos tras la dictadura de Perez Jiménez, a finales de la década de los 50, y que fue sancionado por la Constitución de 1961. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010b.)

¹³ Cf. VILLA, Rafael Duarte. 2005, p. 153-172.

constituinte constituído ou poder de reforma constitucional. Portanto, na Venezuela uma reforma constitucional só pode ocorrer se o povo assim o desejar.¹⁴

Levado a cabo o projeto de reforma constitucional, em 2 de dezembro de 2007, a resposta da maioria venezuelana foi negar a proposta. O projeto de Hugo Chávez envolvia a reeleição contínua do presidente e a inserção de trinta e seis artigos na Constituição, proporcionando a implementação de seu *Socialismo Del Siglo XXI*.

Já para a análise do processo constituinte equatoriano¹⁵ ó que culminou na Constituição de 2008 ó é necessário retroceder à Carta de 1998. Uma breve síntese deste processo constitucional acentua a crise financeira que lhe foi subsequente. De acordo com Tibocho e Jaramillo-Jassir, a origem da crise está vinculada ao poder praticamente onipotente do setor bancário que acabou por espalhar na sociedade a crise do setor, e não a uma eventual falta de disciplina fiscal do Estado equatoriano. (TIBOCHA; JARAMILLO-JASSIR, 2008, p. 24)

Foi exatamente esta situação de crise que gerou a necessidade de formular uma solução no campo do constitucionalismo. Para melhor aprofundar a análise da opção adotada pela nação equatoriana, os autores destacam a atuação do político e acadêmico Rafael Correa¹⁶ e a paulatina busca de uma solução para a crise econômica. Em suma, a resposta popular ao conflito foi a princípio formulada e capitaneada por este político. Na medida em que ele havia previsto e analisado cientificamente a crise, ganhava a confiança do povo. ð[...] em pouco mais de três meses no comando do ministério, Correa deixou a

¹⁴ ð[í] el buen criterio de los constituyentes venezolanos de 1999 eliminó el supuesto poder constituyente constituido o poder de reforma constitucional. Por tanto, en Venezuela una reforma constitucional sólo puede culminar con éxito cuando el pueblo así lo deseó. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2008, p. 122)

¹⁵ Para Viciano e Martínez Dalmau, os processos equatorianos (2007-2008) e boliviano (2006-2009), conformam uma nova fase dos processos constituintes latino-americanos. O primeiro tem um texto que se caracteriza pela inovação no catálogo dos direitos e pela definição do Estado como Estado Constitucional. O segundo é um processo dos mais difíceis, produzindo uma Constituição que é um exemplo de uma profunda transformação institucional, avançando em direção ao Estado plurinacional, ðla simbiosis entre los valores pos coloniales y los indígenasö, criando o primeiro Tribunal Constitucional eleito diretamente pelos cidadãos. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010a, p. 38).

¹⁶ Este político se destaca, pela atuação como pesquisador em economia, tendo feito sua tese de doutorado sobre o tema da crise equatoriana, defendida na *University of Illinois*. A carreira política de Correa iniciou no ano de 2003 como assessor econômico do então vice-presidente do governo de Lucio Gutiérrez: Alfredo Palacio. Ao longo de sua carreira acadêmica, Correa produziu vários artigos científicos criticando as políticas econômicas dos governos equatorianos anteriores, com ênfase nas figuras de Jamil Mahuad e Lucio Gutiérrez, considerando-as desastrosas a médio e longo prazo. Ressaltava em seus estudos, o papel do governo de Jamil Mahuad, de sua gestão protetora do setor bancário, e o consequente caos gerado na economia e na sociedade equatoriana. (TIBOCHA; JARAMILLO-JASSIR, 2008, p.24)

sensação entre a população, de ser um homem comprometido com as questões sociais, o que disparou sua popularidade em um país decepcionado com a política tradicional e com o neoliberalismo.ö¹⁷

De acordo com as aspirações de Correa ó eleito e empossado como presidente do Equador no início de 2007 - , o marco inicial para a superação da crise ocorreria com a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. A Carta constitucional deveria dar uma resposta tanto à crise econômica do país quanto à instabilidade política surgida na sequência. Dentre outros fatores, o sintoma mais visível da crise, desde a queda de Gutiérrez em 1996, girava em torno do mandato do presidente da República. A essa situação aliava-se a exclusão vivenciada pelos povos indígenas, considerando-se o caráter multiétnico da sociedade equatoriana. Destaca-se neste processo a atuação do político equatoriano Jorge Acosta, então presidente do TSE, deposto em seis de março do mesmo ano pelo Congresso de oposição ao governo. Acosta havia autorizado a convocação da consulta popular para fins de estabelecimento da nova Assembleia Constituinte. Passo seguinte, o próprio Tribunal Supremo Eleitoral decidiria pela destituição, com justificativa na arbitrariedade de suas funções, dos congressistas que haviam destituído Jorge Acosta de suas funções. Por fim, os suplentes assumem e dão seguimento ao processo democrático. Em abril de 2007, mais de oitenta por cento do povo equatoriano, convocado a pronunciar-se sobre a possibilidade de uma nova Constituição, decidiu positivamente, dando-se a eleição dos constituintes em setembro daquele ano. Com a vitória da Aliança PAÍS, favorável a Correa, muitas das reformas por ele pregadas seriam aprovadas. (TIBOCHA; JAMILO-JASSIR, 2008, p.26)

No caso da Bolívia, influem no processo constituinte iniciado em agosto de 2006, gerador da Carta de 2009, as contínuas crises políticas vivenciadas pelo Estado boliviano a partir da queda do regime de Gonzalo Sánchez de Lozada, em outubro de 2003. Iniciou-se então uma reação popular com a liderança indígena de Evo Morales do movimento conhecido como òMASö (Movimento ao Socialismo). Morales acabou assumindo a presidência do país comprometido com o reconhecimento social da forte presença indígena, que deveria ser estabelecida em uma nova Constituição. Dentre os objetivos almejados pelo processo constituinte estava o estabelecimento de um Estado plurinacional capaz de reconhecer as maiorias indígenas do país e a definição dos poderes em prol dos excluídos No mais, fortalecia-se a idéia de contenção do eurocentrismo¹⁸ dominante na América. Destacam-se as pretensões

¹⁷ òLuego de poco más de 3 meses al mando del ministerio, Correa dejó la sensación entre la ciudadanía de ser un hombre comprometido con las cuestiones sociales, lo que disparó su popularidad en un país decepcionado de la política tradicional y el neoliberalismo.ö (TIBOCHA; JARAMILLO-JASSIR, 2008, p. 25)

¹⁸ Além da crítica ao eurocentrismo, o òMAS [í] popularizou la idea de una descolonización de la sociedad [í]ö. ROCABADO, s/d, p.495)

de um constitucionalismo multicultural, consequência das expectativas liberadoras do movimento indígena, de direitos coletivos e uma compreensão de cidadania pós-nacional que desejava superar um contrato social baseado em critérios de exclusão e concentrado unicamente no consenso democrático liberal.¹⁹

A composição da Assembleia Constituinte daria abrigo aos anseios sociais, observando-se uma presença notória do grupo MAS. Dentre os representantes constituintes, o presidente destacou-se atuando como o novo líder libertador, indígena e dinamizador dos confrontos que interpelava ao povo como um ator coletivo invocando aos de baixo e aos povos originários para desatar uma oposição frontal contra o velho regime da democracia representativa e das políticas neoliberais.²⁰

No interior da Assembleia Constituinte, além dos grupos indígenas, evidencia-se a presença de líderes oriundos de setores excluídos da sociedade, jovens e mulheres, além de grupos de classe média. Quanto às formas de participação no processo constituinte, ressalta-se a utilização de dois instrumentos: as audiências públicas - espaços em que várias organizações da sociedade civil puderam apresentar suas demandas e propostas para as comissões - e os denominados encontros territoriais, que se formavam dentre os próprios constituintes.

Vistos de forma sumária os contextos que originaram as Cartas ora analisadas, cabe agora empreender a análise das mesmas, no que concerne ao seu sistema de garantias.

4. CARACTERÍSTICAS DAS NOVAS CONSTITUIÇÕES SUL-AMERICANAS

Viciano e Martínez (2010a, p. 22 ss.) arrolam as características das novas Cartas da América do Sul de forma bastante exaustiva, pelo que aqui se segue a orientação imprimida pelos mesmos na análise desses fenômenos.

Quanto às *condições factuais*, entendem os autores valencianos que as novas Constituições desfrutam de vasta legitimidade, pois respondem a uma proposta social e política, sendo precedidas por mobilizações que evidenciaram a sua necessidade e, conforme o caso, foram antecedidas e sucedidas por referendos ativador e ratificador.

¹⁹ [í] ciudadanía post-nacional [í] superar un contrato social apoyado en criterios de exclusión y concentrados únicamente en el consenso democrático liberal [í]ö. (ROCABADO, s/d, p.490)

²⁰ [í] como el nuevo líder liberador, indígena y dinamizador de confrontaciones que interpelaba al pueblo como un actor colectivo invocando a los de abajo y a los pueblos originarios para desatar una oposición frontal contra el viejo régimen de la democracia representativa y las políticas neoliberalesö. (ROCABADO, s/d, p.496)

Na análise dos autores, a legitimidade é percebida como adequação normativa da resposta a uma situação de fato, pelo que deixa de abranger seu aspecto propriamente axiológico: a correspondência das normas constitucionais aos valores veiculados pelas Cartas de direitos fundamentais²¹.

Inobstante isso, as Cartas em análise apresentam alto grau de legitimidade, dada a sua estreita vinculação aos catálogos de direitos incorporados por elas, como adiante se verá.

4.1 CARACTERÍSTICAS FORMAIS

A seguir, Viciano e Martínez enumeram as características *formais* das leis fundamentais em apreço, enumeração essa que será analisada logo abaixo. Mas previamente, deve-se verificar se essas Cartas preenchem as chamadas *condições de constitucionalização*, sem as quais a teoria constitucional contemporânea entende não acontecer o Estado Constitucional de Direito. Veja-se sucintamente, pelas mãos de Guastini (2003, p.50), quais são essas condições:

1) *existência de uma Constituição rígida*, ou seja, com modificação dificultada e contendo um núcleo imodificável (cláusulas pétreas);

2) *existência de garantia jurisdicional da Constituição*, isto é, de controles judiciais de constitucionalidade, dos quais se conhecem os modelos americano e europeu ou kelseniano, além do modelo misto, adotado pelo Brasil;

3) *força vinculante da Constituição*, a qual deixa de ser mera Carta de ordenação de poder e passa a impor proibições (quanto às liberdades) e obrigações (quanto aos direitos sociais) aos poderes;

4) *a supra-interpretação da Constituição* ou seja a sua interpretação extensiva para do seu texto extrair princípios implícitos e decorrentes do regime adotado pela mesma (tome-se como exemplo, na Constituição brasileira, a norma do art. 5º § 2º);

5) *aplicação direta das normas constitucionais*, de forma que naquilo que ela prevê em termos de garantia de direitos a interposição de tarefa legislativa torna-se redundante (na Constituição da República Federativa do Brasil, a norma do art. 5º, § 1º);

6) *interpretação conforme das leis*, por força da qual se houver uma possibilidade interpretativa que harmonize o texto legal com a Constituição, dentre outros resultados hermenêuticos, aquela deve ser adotada, com vedação destes;

²¹ Sobre o tema cfr. CADEMARTORI, S., 2007.

7) *influência da Constituição sobre as relações políticas*, relativizando-se assim o princípio da chamada divisão ou separação de poderes, já que em sede de direitos fundamentais todos os poderes estão vinculados ao cumprimento das diretrizes constitucionais.

O exame das novas Constituições sul-americanas permite concluir que as mesmas preenchem as condições de constitucionalização acima explanadas, haja vista a sua estrutura e os mecanismos por elas previstos e a seguir relacionados.

Assim, são características formais das novas Cartas:

a) conteúdo inovador (originalidade)

No que diz com o *conteúdo* das Cartas, os autores valencianos salientam o seu caráter inovador, eis que aquelas veiculam institutos de todo originais: em primeiro lugar, enfatizam a criação do referendo revogatório dos mandatos políticos²², instrumento de participação popular e democracia direta de inegável valor para a manutenção da soberania popular.

Ainda nessa seara do controle e fiscalização do Poder, festejam como um dos mecanismos importantes a previsão, pela Constituição do Equador, do Conselho de Participação cidadã e controle social.²³

²² **Constituição da Bolívia:** *Artículo 240: I.* Toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato, excepto el Órgano Judicial, de acuerdo con la ley. *II.* La revocatoria del mandato podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del periodo del mandato. La revocatoria del mandato no podrá tener lugar durante el último año de la gestión en el cargo. *III.* El referendo revocatorio procederá por iniciativa ciudadana, a solicitud de al menos el quince por ciento de votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público. *IV.* La revocatoria del mandato de la servidora o del servidor público procederá de acuerdo a Ley. *V.* Producida la revocatoria de mandato el afectado cesará inmediatamente en el cargo, proveyéndose su suplencia conforme a ley. *VI.* La revocatoria procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo.ö

Constituição da Colombia: *Artículo 103.* Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará.ö

Constituição do Equador: *Art. 145.* La Presidenta o Presidente de la República cesará en sus funciones y dejará vacante el cargo en los casos siguientes: [...] **6.** Por revocatoria del mandato, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución.ö

Constituição da Venezuela: *Artículo 70.* Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.ö

²³ *Art. 207.* El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley. La estructura del Consejo será descentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones. El Consejo se integrará por siete consejeras o consejeros principales y siete suplentes. Los miembros principales elegirán de entre ellos a la Presidenta o Presidente, quien será su representante legal, por un tiempo que se extenderá a la mitad de su período. La selección de las consejeras y los consejeros se realizará de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será

Apontam ainda para a nova divisão de poderes prevista na Constituição da República Bolivariana da Venezuela: para enfatizar o poder popular, é previsto o *Poder Ciudadão*, além do *Poder Eleitoral*, este último, entendido aqui como despidiendo, já que a solução brasileira, da criação da Justiça Eleitoral como um braço do Judiciário parece funcionar a contento.²⁴

Por último, o princípio da *plurinacionalidade*, que estrutura a nova ordem jurídico-política tanto da Bolívia quanto do Equador, eis que presente nas respectivas Cartas.

b) extensão

As novas Constituições sul-americanas são extensas e acentuadamente analíticas, o que leva Viciano e Martínez a salientar o estreito vínculo dos poderes constituídos com a soberania popular representada pelo Poder Constituinte. Deve-se alertar, no entanto, para o perigo da *tiranía do passado*, eis que um formato analítico de Constituição pode amarrar as gerações futuras nos mais comezinhos detalhes aos valores da geração que elaborou a Carta.

c) tratamento da complexidade com linguagem acessível

O próprio fato da analiticidade das Constituições estrutura um ordenamento bastante complexo, fruto outrossim da complexidade das relações sociais nas sociedades contemporâneas. Citam os professores valencianos um exemplo extraído da Carta da Venezuela, que determina a coordenação

organizado por el Consejo Nacional Electoral, que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley. **Art. 208.** Serán deberes y atribuciones del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además de los previstos en la ley: **1.** Promover la participación ciudadana, estimular procesos de deliberación pública y propiciar la formación en ciudadanía, valores, transparencia y lucha contra la corrupción; **2.** Establecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público, y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social; **3.** Instar a las demás entidades de la Función para que actúen de forma obligatoria sobre los asuntos que ameriten intervención a criterio del Consejo; **4.** Investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten a la participación ciudadana o generen corrupción; **5.** Emitir informes que determinen la existencia de indicios de responsabilidad, formular las recomendaciones necesarias e impulsar las acciones legales que correspondan; **6.** Actuar como parte procesal en las causas que se instauren como consecuencia de sus investigaciones. Cuando en sentencia se determine que en la comisión del delito existió apropiación indebida de recursos, la autoridad competente procederá al decomiso de los bienes del patrimonio personal del sentenciado; **7.** Coadyuvar a la protección de las personas que denuncien actos de corrupción; **8.** Solicitar a cualquier entidad o funcionario de las instituciones del Estado la información que considere necesaria para sus investigaciones o procesos. Las personas e instituciones colaborarán con el Consejo y quienes se nieguen a hacerlo serán sancionados de acuerdo con la ley; **9.** Organizar el proceso y vigilar la transparencia en la ejecución de los actos de las comisiones ciudadanas de selección de autoridades estatales; **10.** Designar a la primera autoridad de la Procuraduría General del Estado y de las superintendencias de entre las ternas propuestas por la Presidenta o Presidente de la República, luego del proceso de impugnación y veeduría ciudadana correspondiente; **11.** Designar a la primera autoridad de la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado, luego de agotar el proceso de selección correspondiente; **12.** Designar a los miembros del Consejo Nacional Electoral, Tribunal Contencioso Electoral y Consejo de la Judicatura, luego de agotar el proceso de selección correspondiente.

²⁴ **Artículo 136.** El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.ö

de políticas fiscais e monetárias através de acordo de políticas macroeconômicas, bem como os processos de eleição para membros do CNJ e TC na Bolívia.

De outro lado, denotam-se as preocupações dos constituintes em estabelecer uma linguagem acessível aos cidadãos, numa relação de comunicação/educação política importante: veja-se o caso do art. 8 da Constituição da Bolívia²⁵.

d) alteração constitucional através da ativação do poder Constituinte popular

A última característica formal apontada pelos professores de Valencia (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, p. 32-34) leva à conclusão de que eles entendem que as novas Constituições prevêm sua alteração *exclusivamente* através do poder Constituinte, o que não é verdade. Com efeito, dizem os autores que õas constituições venezuelana de 1999 e boliviana de 2009 marginalizaram completamente o poder constituído²⁶. Pela leitura que se faz das referidas Cartas, não corresponde à realidade essa assertiva.²⁷

²⁵ **õArtículo 8.** I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).õ

²⁶ õ[...] las constituciones venezolana de 1999 y boliviana de 2009 han marginado completamente al poder constituído.õ (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2010, nota 26, à p. 33)

²⁷ **Constituição da Bolívia:** õ**Artículo 411. I.** La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio. **II.** La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.õ

Constituição do Equador: õ**Art. 441.** La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará: **1.** Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral; **2.** Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. La reforma sólo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. **Art. 442.** La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates.õ

Constituição da Venezuela: õ**Artículo 342.** La Reforma Constitucional tiene por objeto una revisión parcial de esta Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto Constitucional. **Artículo 343.** La iniciativa de la Reforma de la Constitución la ejerce la Asamblea Nacional mediante acuerdo aprobado por el voto de la mayoría de sus integrantes, por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros o a solicitud de un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil

4.2 CARACTERÍSTICAS MATERIAIS

Viciano e Martínez inician a análise dos elementos materiais inovadores das recentes constituições sul-americanas por um elemento que não é material, mas sim formal: as novas formas de participação vinculante, como são aquelas - das quais algumas foram mencionadas acima ó que dizem respeito à participação direta do povo e exercício da democracia direta pela cidadania. Com efeito, esses mecanismos de manifestação do poder político dizem respeito a *quem* decide e *como* decide politicamente (elementos formais) e não *sobre o que* se pode decidir ou *sobre o que não se pode deixar* de decidir (no primeiro caso, liberdades e no segundo, direitos sociais). É que, como diz Ferrajoli (1995, p. 864-866), a democracia apresenta duas facetas: a *formal*, constituída pelas condições formais de validade das decisões (que determina competências e procedimentos, ou seja, os referidos quem decide e como decide) e a *substancial* (que condiciona as mesmas decisões a conteúdos jurídicos ó os direitos fundamentais ó que devem ser veiculados por aquelas).

De outro lado, deve-se ter sempre presente um risco para a democracia: o apelo ao povo que sustenta teoricamente o novo constitucionalismo apresenta aspectos problemáticos. Se por um lado é feito um forte apelo democrático, corre-se sempre o risco de que, pela adoção desse mecanismo, se acabe por aniquilar a democracia. Repisando: se à vontade popular (soberania popular) é deferida a possibilidade de alteração da Constituição sem limites, pode-se acabar repetindo as experiências fascista e/ou nazista, ou seja, a entrega formalmente democrática (ou seja, majoritária) do poder a quem vai aniquilar a democracia. Nesse sentido, o aspecto *de direito* do Estado não deve ser descurado em favor da *democracia procedimental*. Com efeito, a própria noção de soberania popular pode ser questionada,

y Electoral. **Artículo 344.** La iniciativa de Reforma Constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en la forma siguiente: **1.** El Proyecto de Reforma Constitucional tendrá una primera discusión en el período de sesiones correspondiente a la presentación del mismo. **2.** Una segunda discusión por Título o Capítulo, según fuera el caso. **3.** Una tercera y última discusión artículo por artículo. **Artículo 345.** El proyecto de Reforma Constitucional aprobado por la Asamblea Nacional se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción. El referendo se pronunciará en conjunto sobre la Reforma, pero podrá votarse separadamente hasta una tercera parte de ella, si así lo aprobara un número no menor de una tercera parte de la Asamblea Nacional o si en la iniciativa de reforma así lo hubiere solicitado el Presidente o Presidenta de la República o un número no menor del cinco por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral.ö

Constituição da Colômbia: ã**Art. 374.** La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo. [...] **Art. 377.** Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. La reforma se entenderá derogada por el voto negativo de la mayoría de los sufragantes, siempre que en la votación hubiere participado al menos la cuarta parte del censo electoral.ö

já que na realidade não se pode obter de uma sociedade complexa e cindida em classes, uma vontade única. A metáfora de Ulisses e as sereias deve estar sempre presente.

De qualquer sorte, esse elemento formal de democratização do poder se encontra presente nas Cartas ora em análise, em sedes tais como no controle concentrado de constitucionalidade, tendo como exemplo a eleição direta de magistrados para o Tribunal Constitucional na Bolívia²⁸, não sendo em absoluto desprezível o seu exercício para promoção da dignidade humana.

O principal elemento material de inovação aparece nas Cartas de direitos incorporadas a essas Constituições, catálogos que atentam para as especificidades dos grupos sociais (mulheres, crianças, velhos etc) e suas necessidades diferenciadas. Assim, encontram-se direitos e garantias em profusão, dirigidos a esses grupos, constituindo-se em óleos do mais fraco (FERRAJOLI, 1999, p. 37-73). Mais adiante serão abordados estes novos direitos de forma mais aprofundada

Outro aspecto material, ao passo que formal, importante, é a recepção de convênios internacionais de direitos humanos por essas Cartas: por exemplo, por força da Constituição do Equador, se o tratado incorpora norma mais favorável aos direitos humanos do que a Constituição, aquele prevalece. Outrossim, na Venezuela, os tratados de direitos tem estatura constitucional, prevalecendo também a norma mais benéfica.

De outra parte, aplicam-se na interpretação das normas os critérios mais favoráveis aos direitos fundamentais, com o fito de conferir máxima efetividade para os direitos sociais.

Por último, lembram Viciano e Martínez que essas Cartas são verdadeiras Constituições econômicas, com detalhamento do planejamento dessa área e forte presença do Estado na economia.

3. FUNÇÕES E INSTITUIÇÕES DE GOVERNO E DE GARANTIA NAS NOVAS CONSTITUIÇÕES SUL-AMERICANAS: OS PONTOS EM COMUM COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Isso posto, passa-se ao exame de algumas características comuns entre a Constituição brasileira de 1988 e as referidas Cartas para examinar em que medida podem as mesmas ser aglutinadas num mesmo modelo, como quer Ferrajoli, que as agrupa no que convencionou chamar de **Constituições de terceira geração** (Cf. FERRAJOLI, 2009, p. 01).

Diz Ferrajoli que essas Constituições marcam o início de uma terceira fase do constitucionalismo, depois da primeira (setecentista e oitocentista) das Constituições flexíveis; e da

²⁸ Art. 198 da Constituição da Bolívia

segunda, das Constituições rígidas do segundo pós-guerra (italiana e alemã). Um primeiro traço característico delas é a extensão: a Constituição do Brasil possui 250 artigos e 94 normas transitórias, e ainda mais extensas são a recentíssima Constituição boliviana de janeiro de 2009 (411 artigos e 9 disposições transitórias) e a Constituição do Equador de 2008 (composta por 444 artigos e 30 normas transitórias). O modelo, parece-lhe, é ao menos em parte ó pela sua extensão, pelos novos direitos e pela extraordinária rigidez ó a Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976 (extensa, 299 artigos).

Os elementos de novidade que possuem em comum essas Constituições de terceira geração são conformados pela previsão de um mais complexo e articulado sistema de garantias e de funções e de instituições de garantia. Estes últimos institutos (funções e instituições de garantia) exigem uma explicação, já que são fenômenos que só aparecem recentemente nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito. Com efeito, diz Ferrajoli (2007, p. 869 ss.) que hoje impõe-se uma reconsideração da esfera pública. Bem mais do que a clássica separação montesquiana entre poder legislativo, poder executivo e poder judiciário, concebida por um arranjo institucional muito mais elementar do que aqueles hodiernos, é hoje essencial outra distinção e separação, aquela entre *funções e instituições de governo* e *funções e instituições de garantia*, fundada sobre a diversidade das suas fontes de legitimação: a *representatividade política* das primeiras, sejam elas legislativas ou executivas, e a *sujeição à lei*, e precisamente à universalidade dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, das segundas. De um lado, com efeito, aconteceu que o poder legislativo e o poder executivo estão hoje unidos, em democracia, pela mesma fonte de legitimação, até se configurarem como articulações das *funções políticas ou de governo* e iniciam entre eles uma relação muito mais de compartilhamento que de separação. De outro lado, as *funções de garantia* estão hoje ampliadas e vão além das clássicas *funções jurisdicionais de garantia secundária*, até incluir todas as funções geradas pelo crescimento do Estado social: a escola, a saúde, a previdência e outras. Todas essas *funções administrativas de garantia primária*, não sendo classificáveis dentro da velha tripartição setecentista, foram desenvolvidas na dependência do executivo sob a etiqueta abrangente da Administração Pública. Mas é claro que elas - pense-se na educação e na saúde pública - não são legitimadas, como as funções de governo, pelo critério da maioria, mas pela aplicação imparcial da lei e do seu papel de tutela, mesmo que contra a maioria, dos direitos fundamentais de todos. Por isso deve ser a elas assegurada a independência e a separação do poder executivo. Pense-se, sem ir mais longe, no Ministério Público, verdadeira instituição de garantia de direitos fundamentais, a par de suas outras funções.

Examinem-se então algumas das funções e instituições de garantia que as Cartas do chamado novo constitucionalismo possuem em comum com a Constituição brasileira de 1988 com a finalidade de verificar se podem elas ser aglutinadas sob o rótulo, pretendido por Ferrajoli, de **Constituições de terceira geração**. Tais funções e instituições são as seguintes:

a) *Uma mais forte rigidez*

Como se viu acima, na extensa nota n. 25, as Constituições recentes da América do Sul exigem solenes procedimentos para sua alteração, sendo digna de menção a previsão de uma nova assembléia constituinte, em algumas delas.

b) *Um mais amplo catálogo de direitos*

No âmbito dos novos direitos fundamentais ó além das clássicas liberdades e direitos sociais, devidamente consagrados nas novas Constituições - é que aparecem temas apaixonantes e de verdadeiro interesse para a ciência jurídica. Com efeito, a primeira mudança realizada nesta seara é a saída do antropocentrismo, que acaba substituído pelo *biocentrismo*, verdadeira celebração à vida em todas as suas formas.

Assim, encontram-se dispositivos nas Cartas em análise que refletem grande parte da cosmovisão andina, impondo o respeito e a harmonia com a natureza e a vida, como por exemplo os encontrados na Constituição equatoriana.²⁹ Na mesma linha, os direitos dos animais acabam por ser consagrados na Constituição da Bolívia, eis que da leitura do art. 33 é possível concluir-se pela sua existência³⁰.

Tanto num como noutro caso, sejam os direitos da natureza, sejam os direitos dos animais, a teoria jurídica encontra-se em condições de manejar os conceitos e categorias extraíveis deles, pois, como já dizia Hans Kelsen, desmistificando a dicotomia pessoa física/pessoa jurídica (cf. KELSEN, 1998, p.

²⁹ **Constituição do Equador:** *Art. 71.* La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. **Art. 72.** La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

³⁰ **Constituição da Bolívia:** *Art. 33.* Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, **además de otros seres vivos**, desarrollarse de manera normal y permanente.ö[ênfase acrescentada]

188 ss.) , o direito ao longo dos séculos e em todas as sociedades, atribuiu direitos e obrigações a alguns entes no mundo, (as corporações) nominando-os como õpessoas jurídicasö. Desta forma, pode-se pensar em outros entes aos quais a ordem jurídica atribuiu tais direitos, desde os gatos no antigo Egito, passando pelas vacas da Índia e entidades sobrenaturais como os santos no direito colonial português, sendo todos estes pessoas õjurídicasö, isto é, considerados pelo direito. Em consequência, da mesma forma podem ser considerados como õpessoas jurídicasö pela teoria do direito, tanto a natureza quanto os animais, bastando a vontade do constituinte ou do legislador para isso. Assim, não há óbice algum de trabalhar com esses novos sujeitos.

Ainda, tem-se como *ethos* fundante da normatividade constitucional desses países, sendo isso explícito na Bolívia e no Equador, a idéia do õBien vivir/Vivir Bienö, que no Equador se concretiza nos direitos sociais e ao meio ambiente (arts. 12 a 34, desdobrados no Título VII da mesma Carta) e na Bolívia como um fim da sociedade, eis que o preâmbulo de sua Constituição refere-se à construção de um Estado õem que predomine a busca do vivir bienö³¹. Essa disposição aparece de forma conspícua no artigo 8 da mesma Constituição, (já mencionado acima na nota n. 23), o qual incorpora as diretrizes de vida do povo boliviano. Ainda como exemplo de procura de valores espirituais para legitimar e fundamentar a ordem jurídica, encontra-se a invocação à õPachamamaö (mãe-Terra), nos preâmbulos das Constituições da Bolívia e do Equador³².

Por último, em tema de inovação na área de direitos fundamentais, é de advertir-se que as Cartas tanto do Equador quanto da Bolívia permitem o direito de voto aos estrangeiros, sendo que naquele o exercício do direito é condicionado a um prazo de residência³³ e nesta o direito se restringe a eleições municipais³⁴. De todas formas, é um extraordinário avanço rumo à superação de um conceito de

³¹ **Preâmbulo da Constituição da Bolívia:** õ[...] donde predomine la búsqueda del vivir bien.ö Em 15 de outubro de 2012, a Bolívia aprovou a Lei da Mãe Terra e do Desenvolvimento Integral para o õVivir Bienö, cuja estrutura abrange, entre outros, os temas do desenvolvimento integral em harmonia com a Mãe-Terra, o õ vivir bienö como horizonte alternativo ao capitalismo etc. (BOLÍVIA. **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien de 15 de octubre de 2012**. N. 300. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org.ar>>. Acesso em: 10 de abril de 2013)

³² **Preâmbulo da Constituição da Bolívia:** õNosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Preâmbulo da Constituição do Equador: õNOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia [...]ö

³³ **Constituição do Equador:** õArt. 63. [...] Las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años.ö

³⁴ **Constituição da Bolívia:** õArtículo 27. [í] II. Las extranjeras y los extranjeros residentes en Bolivia tienen derecho a sufragar en las elecciones municipales, conforme a la ley, aplicando principios de reciprocidad internacional.

cidadania limitado às diversas soberanias nacionais, rumo ao ideal da construção de uma cidadania sul-americana (cf. CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2011)

b) Vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais

As normas constitucionais que vinculam os orçamentos à efetivação de direitos sociais constituem verdadeiras *garantias constitucionais primárias*, assim como definidas por Ferrajoli:

[í] a garantia dos direitos fundamentais constitucionais constitucionalmente estabelecidos e, de modo mais geral, das normas constitucionais substanciais, são de dois tipos: constitucionais ou legislativas. As garantías constitucionais que são estabelecidas por normas constitucionais, são por sua vez, também de dois tipos: as garantías constitucionais primárias, que consistem em regras de competencia, que exigem do legislador, por um lado, a obrigação de fazer leis de execução ou de garantir as normas constitucionais substanciais e, por outro, a proibição de modificar tais normas se não através de um procedimento agravado.³⁵

De fato, elas materializam a obrigação dos poderes para com a satisfação das necessidades básicas das pessoas, pré-condição para que se atinja um mínimo de dignidade humana. Assim é que as Constituições da Colômbia (arts. 336 e 359) e da Venezuela (arts. 85, 86 e 103) vinculam algumas receitas às despesas com direitos sociais.³⁶

³⁵ [í] le garanzie dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti e, più in generale, delle norme costituzionali sostanziali, sono di due tipi: costituzionali o legislative. Le garanzie costituzionali, cioè stabiliti da norma costituzionali, sono a lora volta di due tipi: le garanzie costituzionali primarie, consistente in norme di competenza che impongono al legislatore, da un larto, l'obbligo di produrre leggi di attuazione o di garanzia delle norme costituzionali sostanziale e, dall'altro, il divieto di modificare tale norme se non con procedura aggravata. (FERRAJOLI, 2007, p. 918)

³⁶ **Constituição da Colômbia:** **Art. 336.** Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación. [í] **Art. 359.** No habrá rentas nacionales de destinación específica. Se exceptúan: 1. Las participaciones previstas en la Constitución a favor de los Departamentos, Distritos y Municipios. 2. Las destinadas para inversión social. 3. Las que, con base en las leyes anteriores, la Nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías. 4. El 25% de los recursos del impuesto del valor agregado IVA que se recaude a nivel nacional, se destinarán única y exclusivamente al fortalecimiento de los planes y programas de inversión social en un 13% para los municipios con menos de 25.000 habitantes, un 4% para todos los corregimientos, un 4% para los resguardos indígenas y un 4% para los estratos uno (1), dos (2) y tres (3) de los Distritos y Municipios del país. Estos recursos destinados según el numeral anterior, se distribuirán en los siguientes sectores así: Para la salud básica primaria, acueductos, electrificación, alcantarillado domiciliario y hogares comunitarios. Para educación básica primaria, educación en técnicas agropecuarias y de pesca, reforestación de especies autóctonas, técnicas en tratamientos de ríos, lagunas y ciénagas. Para créditos agropecuarios, para asistencia técnica y mejoramiento de calidad de vida del campesino. Para el tratamiento de enfermedades infantiles de alto costo no incluidas en el régimen de salud. Para desarrollo de planes de vivienda, salud y educación para la población desplazada por la violencia. Para subsidio de tarifas de energía, acueducto y alcantarillado de los estratos 1, 2 y 3. Para fortalecer el fondo pensional de los jubilados de las Universidades Públicas, el cual será inembargable. Para seguridad social y reubicación de vendedores ambulantes y estacionarios. Para garantizar planes de vivienda y seguridad social para los periodistas y artistas colombianos, definidos en la Ley 25 de 1985, y Para el deporte. Para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, y para la atención especializada que equieran los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos. No se podrá invertir más de un 20% del recurso destinado en el numeral 4o de este artículo, en un mismo sector. **Constituição da Venezuela:** **Art. 85.** El financiamiento del sistema público de salud es obligación del Estado, que integrará los recursos fiscales, las cotizaciones obligatorias de la seguridad social y cualquier otra fuente de financiamiento que determine la ley. El Estado garantizará un presupuesto para la salud que permita cumplir con los objetivos de la política sanitaria. En coordinación con las universidades y los centros de investigación, se promoverá y desarrollará una política nacional de formación de profesionales, técnicos y técnicas y una industria nacional de producción de insumos para la salud. El Estado

c) *O controle de constitucionalidade por omissão*

Assim como no Brasil, as Cartas da Venezuela e do Equador instituem o controle de constitucionalidade por omissão, sendo que naquela a ação é próxima ao feito da brasileira, por tratar-se de controle concentrado, e neste último a declaração se dá em sede de procedimento similar ao mandado de segurança.³⁷

d) *Um Ministério Público instituído para defesa dos direitos fundamentais*

De forma geral, as novas Constituições sul-americanas instituem e outorgam competência ao Defensor del Pueblo para desempenhar a função de defesa dos direitos coletivos e difusos. De qualquer sorte existe previsão de um órgão independente, da mesma forma que o Ministério Público brasileiro, para exercício deste mister. Assim, as Constituições pouco variam no que diz com as atribuições desse órgão³⁸, que parece ter inspiração em instituto similar existente no direito espanhol.

regulará las instituciones públicas y privadas de salud. **Art. 86.** Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. [] **Art. 103.** Toda persona tiene derecho a una educación integral, de calidad, permanente, en igualdad de condiciones y oportunidades, sin más limitaciones que las derivadas de sus aptitudes, vocación y aspiraciones. La educación es obligatoria en todos sus niveles, desde el maternal hasta el nivel medio diversificado. La impartida en las instituciones del Estado es gratuita hasta el pregrado universitario. A tal fin, el Estado realizará una inversión prioritaria, de conformidad con las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas. El Estado creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, permanencia y culminación en el sistema educativo. La ley garantizará igual atención a las personas con necesidades especiales o con discapacidad y a quienes se encuentren privados de su libertad o carezcan de condiciones básicas para su incorporación y permanencia en el sistema educativo.ö

³⁷ **Constituição da Venezuela:** ð**Art. 336.** Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador o la legisladora nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.ö

Constituição do Equador: ð**Art. 94.** La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.ö

³⁸ **Constituição da Colombia:** ð**Art. 277.** El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.ö

Constituição da Venezuela: ð**Art. 280.** La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos. [] **Art. 285.** Son atribuciones del Ministerio Público: Garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.ö

Constituição do Equador: ð**Art. 86.** Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la

e) *Defesa pública ao lado da acusação pública*

Tal como no Brasil³⁹, as Cartas em comentário prevêm a disponibilidade de um órgão com a competência específica da defesa de direitos para os necessitados⁴⁰, à exceção da Colômbia.

f) *Instituições de garantia dos direitos políticos*

No que tange à garantia dos direitos políticos, os constituintes das novas Cartas preocuparam-se em instituir entidades dotadas de independência, diferenciando-se da estrutura orgânica brasileira, na qual o órgão competente para assegurar direitos políticos é um ramo do poder judiciário. Destarte,

Constitución. [í] **Art. 214.** La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior. **Art. 215.** La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la ley, las siguientes: [í]

Constituição da Bolívia: **Art. 218. I.** La Defensoría del Pueblo velará por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales. La función de la Defensoría alcanzará a la actividad administrativa de todo el sector público y a la actividad de las instituciones privadas que presten servicios públicos. **II.** Corresponderá asimismo a la Defensoría del Pueblo la promoción de la defensa de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de las comunidades urbanas e interculturales, y de las bolivianas y los bolivianos en el exterior. **III.** La Defensoría del Pueblo es una institución con autonomía funcional, financiera y administrativa, en el marco de la ley. Sus funciones se regirán bajo los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad y solidaridad. En el ejercicio de sus funciones no recibe instrucciones de los órganos del Estado. [í] **Art. 222.** Son atribuciones de la Defensoría del Pueblo, además de las que establecen la Constitución y la ley: Interponer las acciones de Inconstitucionalidad, de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular, de Cumplimiento y el recurso directo de nulidad, sin necesidad de mandato. Presentar proyectos de ley y proponer modificaciones a leyes, decretos y resoluciones no judiciales en materia de su competencia. Investigar, de oficio o a solicitud de parte, los actos u omisiones que impliquen violación de los derechos, individuales y colectivos, que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales, e instar al Ministerio Público al inicio de las acciones legales que correspondan.ö

³⁹ CRFB, art. 134.

⁴⁰ **Constituição da Venezuela:** **Art. 253.** La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. El sistema de justicia está Constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio.

Constituição da Bolívia: **Art. 119.** [í] **II.** Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios.ö

Constituição do Equador: **Art.191.** La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias. La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado.ö

encontramos nas diversas Cartas a nomenclatura òOrganizacion Electoralö, òConsejo Nacional Electoralö, òFunción Electoralö, òÓrgano Electoralö, òTribunal Supremo Electoralö⁴¹.

Como se vê, os pontos de coincidência entre as Constituições do chamado ònovo constitucionalismoö e a Constituição Federal brasileira são evidentes, apresentando todas elas - com as nuances de praxe, já que cada sociedade tem suas características próprias - instituições e funções de garantia que refletem constante preocupação com a consolidação de Estados Democráticos de Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve como objeto a análise do âmbito de inovação constitucional latino-americano, a partir do sistema de garantias estabelecido por cada uma delas. Iniciando por uma rápida apresentação da situação local de cada país, traçou-se um paralelo entre textos das cartas constitucionais da Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia, cotejando ao final com a Constituição brasileira de 1988. Um tal balanço objetivou a apreensão das diferentes correntes doutrinárias, a fim de perceber as nuances de suas análises sobre as novas constituições latino-americanas. Dos autores citados, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, quando fala em ciclos do constitucionalismo pluralista, os divide em um primeiro ciclo, 1982-1988, caracterizado pela emergência do multiculturalismo e do direito a diversidade cultural, no qual estaria presente a Constituição brasileira, um segundo ciclo, 1989-2005, considerado pela transição de um Estado multicultural a um Estado plurinacional, em que entram as Constituições da Colômbia e da Venezuela e,

⁴¹ **Constituição da Colômbia:** òArt. 258. El voto es un derecho y un deber ciudadano. El Estado velará porque se ejerza sin ningún tipo de coacción y en forma secreta por los ciudadanos en cubículos individuales instalados en cada mesa de votación sin perjuicio del uso de medios electrónicos o informáticos. En las elecciones de candidatos podrán emplearse tarjetas electorales numeradas e impresas en papel que ofrezca seguridad, las cuales serán distribuidas oficialmente. La Organización Electoral suministrará igualmente a los votantes instrumentos en los cuales deben aparecer identificados con claridad y en iguales condiciones los movimientos y partidos políticos con personería jurídica y los candidatos. La ley podrá implantar mecanismos de votación que otorguen más y mejores garantías para el libre ejercicio de este derecho de los ciudadanos.ö

Constituição da Venezuela: òArt. 292. El Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, como organismos subordinados a éste, la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva. Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional.ö

Constituição do Equador: òArt. 217. La Función Electoral garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía. La Función Electoral estará conformada por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral. Ambos órganos tendrán sede en Quito, jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad.ö

Constituição da Bolívia: "Art. 205. I. El Órgano Electoral Plurinacional está compuesto por: 1) El Tribunal Supremo Electoral. 2) Los Tribunales Electorales Departamentales. 3) Los Juzgados Electorales. 4) Los Jurados de las Mesas de sufragio. 5) Los Notarios Electorales II. La jurisdicción, competencias y atribuciones del Órgano Electoral y de sus diferentes niveles se definen, en esta Constitución y la ley. Art. 206. I. El Tribunal Supremo Electoral es el máximo nivel del Órgano Electoral, tiene jurisdicción nacional. II. El Tribunal Supremo Electoral está compuesto por siete miembros, quienes durarán en sus funciones seis años sin posibilidad de reelección, y al menos dos de los cuales serán de origen indígena originario campesino.ö

finalmente, um terceiro ciclo, 2006-2009, classificado pelo projeto descolonizador e pelo Estado plurinacional como pluralismo jurídico igualitário. Já na visão de Miguel Carbonell, José Antonio Martín Pallín, Carlos Gaviria Díaz e Carlos Alberto López Cadena, Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia formam o que se considera novo constitucionalismo latino-americano.

Apesar do grande espaço conquistado pela posição diversa nos debates acadêmicos, não há argumentos fortes para negar a tipologia apresentada por Luigi Ferrajoli, ou seja, a existência de um constitucionalismo de terceira geração, partindo da Constituição brasileira de 1988 e abrangendo as novas Constituições latino-americanas. Como se vê, os pontos convergentes entre as Constituições apresentadas e a Carta brasileira são evidentes, cada qual com as suas instituições e funções de garantia. Além do mais, as justificativas apresentadas pelos doutrinadores em relação à desclassificação do Brasil, referem-se à critérios formais, acentuando um provável *déficit* de legitimidade. Trata-se muito mais de um apego ao processo de produção do que ao próprio produto. Sendo assim, os abalos formais no processo constituinte que de fato afetariam a legitimidade democrática, enquanto poder constituído, não parecem suficientes para servir como justificativa para analisar o processo constitucional brasileiro, que no ano de 1988, inaugurou uma terceira fase de constitucionalismo o que determina que ela deva necessariamente ser considerada na análise do fenômeno das novas Constituições latino-americanas.

REFERENCIAS

BOLÍVIA. **Constituição da Bolívia**. (2009) Disponível em:

http://www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepiint_1_Pes_PDF.pdf Acesso em: novembro de 2012.

BOLÍVIA. **Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir bien de 15 de octubre de 2012**. N. 300. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org.ar>>. Acesso em: 10 de abril de 2013

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em:

<http://www4.planalto.gov.br/legislacao> Acesso em: dezembro de 2012.

CADEMARTORI, D.M.L de; COSTA, B.L.C. O novo constitucionalismo latino-americano. Uma discussão tipológica. **Revista Direito e Política**. PPCJ-Univali, Itajaí, vol. 8 1/3, p. 220-239, 1º. Quadrimestre de 2013. Disponível em: <<http://www.univali.br>>. Acesso em: 27 de abril de 2013.

CADEMARTORI, S. U. ; CADEMARTORI, D. M. L. de. Da Cidadania constitucional à cidadania sul-americana. In: _____; _____; MORAES, G. de O.; CESAR, R. C. L. (orgs.). **A construção jurídica da UNASUL**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 63-92.

CADEMARTORI, S. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2.ed. Campinas: Millenium, 2007.

_____. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano: desafios da sustentabilidade. Palestra apresentada no **XXI Congresso Nacional do CONPEDI**, Rio de Janeiro, UFF, 2012. p. 1-12.

COLÔMBIA. Constituição da Colômbia. (1991) Disponível em: <http://www.jurisciencia.com/vademecum/constituicoes-estrangeiras/a-constituicao-da-colombia-constitucion-de-colombia/582/> Acesso em: novembro de 2012.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. El nuevo constitucionalismo em América Latina. 1 ed. Quito, Corte Constitucional Del Ecuador, 2010. 96 p.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. Prefácio. In: _____ (org.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EQUADOR. Constituição do Equador (1998). Disponível em: http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf Acesso em: novembro de 2012.

ELSTER, J. Introducción. In: _____; SLAGSTAD, R (orgs.). **Constitucionalismo y democracia**. Traducción de M. Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El Pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización. [online] Disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf. Acesso em: 12/11/2012.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Traducción A. Perfecto Ibañez. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Traducción de P. A. Ibañez e A. Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

_____. Funções de governo e funções de garantia. Comparação entre a experiência europeia e aquela latino-americana. In: **Congresso Nacional do Ministério Público**. Florianópolis, Palestra, 26 de novembro de 2009. Disponível no site: <....>. Acesso em: 05/12/2012

FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13- 58

_____. O Constitucionalismo garantista e o estado de direito. Tradução de A. K. Trindade. In: _____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 232-254

FERRAJOLI, L. **Principia Iuris**. Roma-Bari: Laterza, 2007.

GUASTINI R. **Estudios de teoría constitucional**. Edición y presentación de M. Carbonell. México: Fontamara, 2001.

HURTADO, Mónica. Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: el Frente Nacional de 1957 y la Constituyente de 1991. *rev.estud.soc.* [online] n.23, p.97-104. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 05/10/2012.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TIBOCHA, Ana María; JARAMILLO-JASSIR, Mauricio. La Revolución Democrática de Rafael Correa. **Análisis Político**, Bogotá, v. 21, n. 64, p. 22-39, sept./dic. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>.> Acesso em 05/10/2012.

ROCABADO, Franco Gamboa. La Asamblea Constituyente en Bolivia: Una evaluación de su dinámica. **Frónesis** v.16 [online] n.3, p.495. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 05/10/2012.

SEONE, J.; TADDEI, E.; ALGRANATI, C. **Minería transnacional y resistencias sociales en Africa y America Latina**: experiencias de resistencia y de movilización social frente a las estrategias corporativas de las compañías Vale (Brasil) y AngloGold Ashanti (Sudáfrica) en Argentina, Colombia, Perú, Angola y Mozambique. *GEAL*, 2011, p.1-36 [online]. Disponível em: http://www.dialogosdos povos.org/pdf/liv_ibase_mineracao_port_REV2.pdf.>. Acesso em: 06/04/13. p 27 e ss.

VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado** 9, Valencia, 2011. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3690557>. Acesso em: 10 de maio de 2013

_____; _____. Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional. **Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales**. Caracas, v.14 n.2., p. 102-132, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/pdf/rvecs/v14n2/art07.pdf> Acesso em: 06/04/13.

_____; _____. Presentación. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El Nuevo constitucionalismo en America Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010a.

_____; _____. ¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano? **VIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Constitucional**, Cidade do México. Dezembro de 2010b. [online] Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/13/245.pdf>. Acesso em: 30 de setembro de 2011.

VENEZUELA. Constituição da Venezuela. (1999) Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/venezuela/ven1999.html> . Acesso em: novembro de 2012.

VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 19, n. 55, p. 153-172, set/dez. 2005 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em 16/05/2013.

WOLKMER, A. C. **O Terceiro Mundo e a Nova Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

_____ ; WOLKMER, M. de F. S. Una crítica cívica y plural del Estado y del Derecho en América Latina. Traducción de A. Rosillo Martínez. In: CADEMARTORI, D. M. L. de et al (orgs). **La Construcción Jurídica de la UNASUR**. Florianópolis: GEDAI/UFSC, 2013, p. 427- 442