

IV

O papel do juiz constitucional no constitucionalismo transformador latino-americano¹

Jorge Ernesto Roa Roa²

Resumo: Este artigo sustenta que o modelo de constitucionalismo transformador tem uma visão sobre os tipos, o papel e o desenho dos sistemas de justiça. Em primeiro lugar, o poder judiciário deve ser do tipo forte, mas dialógico. Em segundo lugar, os juízes devem, por um lado, promover as transformações sociais quando também o fazem os demais poderes do Estado. Por outro lado, devem defender as mudanças sociais quando os outros ramos do poder têm uma agenda regressiva. Em terceiro lugar, o desenho dos sistemas de justiça deve ser mais aberto e próximo aos cidadãos. O objetivo é contar com um poder judiciário que enfrente, dentro de seus limites, os desafios que representam os diferentes problemas sociais, políticos e econômicos da América Latina mediante avanços na construção do Estado de bem-estar.

Palavras-Chave: Constitucionalismo transformador. Estado de bem-estar. Mudança social. Democracia social. Igualdade.

1 Traduzido do original em espanhol por Iara Aurélia de Macedo, Tradutora Pública de Espanhol com Matrícula 12/088-T. Revisado por Ana Carolina Lopes Olsen.

O autor agradece a *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* por permitir a discussão das ideias deste trabalho (ainda em construção) durante as sessões dos diferentes colóquios ibero-americanos realizados no inverno dos anos 2016, 2017, 2018 e 2019, e na primavera de 2019. Desde já, o agradecimento é para todos os assistentes a essas deliberações, para a professora Mariela Morales Antoniazzi e ao professor Armin von Bogdandy.

2 Doutor em Direito (*summa cum laude*) pela *Universidad Pompeu Fabra* de Barcelona. Mestre em Ciências Jurídicas Avançadas pela UPF de Barcelona e Mestre em Governança e Direitos Humanos pela *Universidad Autónoma* de Madrid. Advogado da *Universidad Externado* da Colômbia. Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Comparado pela *Universidad Externado* da Colômbia. ORCID: 0000-0003-1117-2302. Contato: jorge.roa@uexternado.edu.co

Introdução

Os dramas políticos, econômicos, sociais e ambientais da América Latina exigem de todos os atores uma vocação transformadora. É moralmente inaceitável adotar a perspectiva do observador quando se enfrenta a realidade latino-americana. Em relação aos juízes, as exigências e a esperança de mudança social levam a pensar que é necessário contar com tribunais fortes que impulsionem transformações sociais, atuem dialogicamente, respeitem a divisão de poderes, sejam independentes, preservem sua própria legitimidade democrática e social, fomentem a deliberação, respeitem os direitos e cooperem com os demais poderes de Estado e com a sociedade civil. Como se isto fosse pouco, exige-se dos tribunais que sejam inovadores, transparentes, abertos aos cidadãos e progressistas. Por último, é desejável que as decisões judiciais não sejam somente cumpridas sob processos especiais de acompanhamento, mas que também se espera que as sentenças tenham um alto impacto com efeitos não somente diretos senão indiretos e simbólicos. Paradoxalmente, tudo isso parece, ao mesmo tempo, excessivamente demandante e altamente insatisfatório.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é especificar a relação entre o modelo de constitucionalismo transformador e a justiça constitucional. Concretamente, no texto se demonstrará que o constitucionalismo transformador propõe uma visão sobre o tipo, o papel e o desenho que deve assumir a justiça constitucional para responder à necessidade de impulsionar e alcançar transformações sociais na América Latina que avancem na construção de Estados igualitários e com níveis aceitáveis de satisfação das promessas sociais que incorporam as Constituições dos países da região.

O texto está organizado em três partes. Na primeira argumenta-se a favor de uma conexão entre o constitucionalismo transformador e os sistemas fortes de justiça constitucional. Na segunda seção se propõe um papel ativo, mas dialógico da judicatura com a finalidade de avançar e impulsionar mudanças sociais. Finalmente, na terceira parte indica-se que o desenho da justiça constitucional transformadora deve incorporar mecanismos de acesso direto dos cidadãos aos tribunais quando estes constituem cenários de deliberação e representação meritocrática.

1 O constitucionalismo transformador e os modelos de constitucionalismo fraco e forte

A tipologia clássica da justiça constitucional estabelece a existência de dois grandes modelos: o sistema difuso ou norte-americano e o sistema concentrado ou europeu de controle de constitucionalidade³. Adicionalmente, inclui-se um *tertium* que ocorre da convergência destes dois grandes esquemas nos denominados modelos mistos de controle judicial da lei. Estes últimos proliferaram na América Latina e em outras latitudes. No entanto, as investigações mais recentes propõem o surgimento de novas categorias para classificar a interação entre os juízes constitucionais e o legislador.

A partir dessa compreensão, pode-se afirmar a existência de sistemas de justiça constitucional que respondem às fórmulas do constitucionalismo fraco ou do constitucionalismo forte. Ao primeiro grupo (fraco) pertencem aqueles desenhos constitucionais nos quais existe algum sistema de controle de constitucionalidade, limitado pela impossibilidade de converter as decisões judiciais sobre a incompatibilidade das leis com a Constituição - ou com uma lei que funcione como parâmetro de controle - na última palavra dentro da democracia⁴.

A *contrario sensu*, os sistemas fortes de controle de constitucionalidade são aqueles nos quais a decisão sobre invalidez ou inaplicabilidade de um ato legislativo é adotada pelos juízes, com caráter definitivo e com o potencial de eliminar o ato normativo do ordenamento jurídico ou, ao menos, de garantir sua inaplicabilidade definitiva. Nestes desenhos institucionais, a decisão judicial é a última palavra sobre a interpretação da Constituição dentro do sistema democrático⁵.

Um dos aspectos mais interessantes dessas novas formas de abordagem dos sistemas de controle de constitucionalidade consiste na possibilidade de analisar seus problemas clássicos de fundamentação democrática, à margem de seu pertencimento a uma das três categorias clássicas mencionadas. Nesse marco, a per-

3 TUSHNET, MARK. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

4 BELLAMY, Richard. Political constitutionalism and the Human Rights Act. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, nº 1, 2011, pp. 86-111.

5 GARDBAUM, Stephen. Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?. *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 53, 2015, pp. 285-320.

gunta que marca esta seção é a seguinte: tem alguma relação o constitucionalismo transformador com a classificação entre modelos fracos e fortes de controle de constitucionalidade? Ou, de outra maneira, com qual dos dois modelos de constitucionalismo pode-se identificar o constitucionalismo transformador?

Efetivamente, o constitucionalismo transformador tem uma relação com os modelos de constitucionalismo fraco e forte. Concretamente, essa relação consiste em um respaldo prevalente por parte do constitucionalismo transformador para a implementação de modelos fortes de controle de constitucionalidade na América Latina. A preferência do constitucionalismo transformador pelos modelos fortes de controle de constitucionalidade na América Latina é coerente com os principais elementos de um constitucionalismo que propende para as transformações sociais que permitam materializar os pilares básicos do Estado social.

Concretamente, o constitucionalismo transformador se baseia no princípio de inclusão como um de seus conceitos centrais. No entanto, o respaldo do constitucionalismo transformador para modelos fortes de controle pela justiça constitucional na região não é absoluto porque estes também podem entrar em conflito com um elemento central do constitucionalismo transformador que consiste na ideia de diálogo. Em face desse último paradoxo, o constitucionalismo transformador pode ser um grande promotor do diálogo entre autoridades judiciais nacionais e internacionais, o que pode, entretanto, fechar a porta ao diálogo institucional entre as autoridades nacionais.

O constitucionalismo transformador forte: a representação deliberativa e a ideia de ativismo judicial em contextos de desigualdade e hiperpresidencialismo

Em primeiro lugar, o constitucionalismo transformador requer a prevalência do constitucionalismo forte sobre o fraco porque existe um alto nível de centralidade da função judicial no marco do constitucionalismo transformador. Esta prevalência chega ao ponto de o constitucionalismo transformador revisar o significado e o conteúdo da expressão *ativismo judicial* para excluir certo tipo de decisões judiciais que a teoria padrão consideraria ativistas. Ao mesmo tempo, o constitucionalismo transformador defende que a função jurisdicional ordinária deve ter um conteúdo ativista em um contexto marcado pela exclusão e pela desigualdade como o presente na América Latina.

Do mesmo modo, o constitucionalismo transformador subscreve a tese de Robert Alexy, segundo a qual os juízes são considerados representantes

argumentativos das pessoas ou grupos excluídos que recorrem aos tribunais para obter a proteção dos seus direitos⁶.

Paralelamente à tese anterior, o constitucionalismo transformador impõe limites para a difusão do constitucionalismo fraco na América Latina. Especialmente, sob o constitucionalismo transformador se propõe otimizar o princípio de igualdade e tornar realidade as promessas sociais da Constituição. Por isso, o constitucionalismo transformador rejeita a imposição de limites à função jurisdicional que pretendam evitar ou mitigar a intervenção judicial para proteger os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Ainda, o constitucionalismo transformador rejeita expressamente as reações tecnocráticas às decisões judiciais propostas pelo constitucionalismo frágil, porque considera que ditas reações afetam as competências dos tribunais para proteger os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, conferindo prevalência à perspectiva econômica ou de sustentabilidade fiscal. Nesse sentido, o constitucionalismo transformador se oporia a instrumentos como o Incidente de Impacto Fiscal aprovado na Colômbia, e apoiaria a decisão da Corte Constitucional desse país no sentido de impedir sua aplicação em processos de *amparo* nos quais se discuta a proteção de direitos fundamentais⁷.

Além disso, o paradigma do constitucionalismo transformador se opõe à aplicação de mecanismos do constitucionalismo frágil que possam esvaziar de conteúdo as competências judiciais que permitem aos tribunais nacionais dialogar com os tribunais internacionais e, especificamente, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (ex. controle de convencionalidade) porque algumas dessas competências facilitadoras do diálogo somente são efetivas se os tribunais internos tiverem a última palavra⁸.

6 ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nº 4, 2005, pp. 572-581 e BARROSO, Luís Roberto. Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts. In: BUSTAMANTE, Thomas; GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Springer, Suíça, 2016, pp. 71-90.

7 ROA ROA, Jorge Ernesto. El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales. *Serie Documentos de Trabajo-Departamento de Derecho Constitucional*, nº 26. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2015.

8 A literatura mais relevante sobre o controle de convencionalidade pode-se consultar em: SAIZ ARNAIZ, Alejandro. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*. Porrúa-UNAM, México, 2012; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme*

Evidentemente, o constitucionalismo transformador apoia a função dos tribunais para restabelecer o equilíbrio entre os poderes em contextos de presidencialismo exacerbado ou hiperpresidencialismo. Por tal razão, o constitucionalismo transformador rejeita como postulado principal deixar a última palavra na interpretação da Constituição para um Executivo extremamente poderoso ou a um Legislador pouco independente do Executivo⁹.

Do mesmo modo, o constitucionalismo transformador considera que alguns mecanismos do constitucionalismo frágil (ex. cartas precatórias, cartas de ordem) não são suficientes para proteger as minorias, incluir a perspectiva de gênero ou reconhecer a desigualdade econômica. Para o constitucionalismo transformador, esses mecanismos constituem um ideal próprio de um modelo deliberativo de democracia que não é suficientemente sensível à dis-

y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 9, nº 2, 2011, pp. 531-622 y Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, vol. XLIV, nº 131, mayo-agosto, 2011, pp. 917-967; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *Estudos avançados de Direitos Humanos. Direitos humanos, democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus Jurídico, 2013, pp. 557-589; IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 385-413; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. UNAM, vol. XLV, nº 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1167-1220 y Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en periodo 2006-2011. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 57-140; HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 7, nº 2, 2009, pp. 109-128 y El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional, cláusula federal). *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 535-573; SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, vol. 8, nº 1, 2010, pp. 117-135.

- 9 FIX-FIERRO, Héctor y SALAZAR UGARTE, Pedro. Presidentialism. In: ROSENFELD, Michel y SAJÓ, Andrés (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 628-649; CHEIBUB, José Antonio; ELKINS, Zachary y GINSBURG, Tom. Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective. *Texas Law Review*, vol. 89, nº 7, 2011, pp. 1707-1739 y LINZ, Juan J. The Perils of Presidentialism. *Journal of Democracy*, vol. 1, nº 1, 1990, pp. 51-69.

criminação e, por tal razão, não é aplicável na América Latina. Ao invés disso, o constitucionalismo transformador opta por um modelo de democracia social no qual os juízes tenham a possibilidade de responder as reclamações básicas dos cidadãos em contextos de sociedades pouco ordenadas¹⁰.

Constitucionalismo transformador e independência judicial.

A considerar como verdadeiro o que foi anteriormente exposto, por que se afirma que o constitucionalismo transformador não apoia de maneira absoluta o constitucionalismo frágil e exclui plenamente o constitucionalismo forte? A resposta é que o constitucionalismo transformador reconhece que existem riscos associados à centralidade dos juízes dentro do projeto. Concretamente, esses riscos se referem à ameaça constante para a independência judicial nos países da região e para a instrumentalização hegemônica da magistratura. Se os juízes perdem a sua independência para colocar-se “*a serviço da revolução*”, como ocorreu na Bolívia, Honduras, Nicarágua ou Venezuela, o constitucionalismo transformador se coaduna com limites ou controles próprios do constitucionalismo frágil para evitar que magistrados cooptados coloquem em perigo o elemento essencial do constitucionalismo transformador que é a centralidade da proteção dos direitos humanos.

Este respaldo limitado do constitucionalismo transformador ao constitucionalismo forte com a consequente rejeição do constitucionalismo fraco envolve um paradoxo e uma potencial contradição dentro do constitucionalismo transformador sobre a qual este projeto deve deliberar e para a qual deve proporcionar uma resposta.

Trata-se de um paradoxo ou potencial contradição porque o constitucionalismo transformador potencializa o diálogo entre as autoridades judiciais nacionais e internacionais enquanto que apoia o constitucionalismo forte que nega ou fecha o diálogo entre os juízes e outras autoridades em nível nacional. O constitucionalismo político assinala que os instrumentos internacionais de direitos humanos e seus tribunais somente serão legítimos democraticamente se concebidos de modo a permitir um controle democrático e compatíveis com

10 ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. UNAM, México, 2014, pp. 25-36.

modelos internos de controle de constitucionalidade de tipo frágil¹¹. Para os constitucionalistas políticos, existe uma conexão direta entre o desenho nacional do controle de constitucionalidade e a legitimidade democrática, tanto dos tribunais nacionais como dos tribunais internacionais. O constitucionalismo transformador, por sua vez, deve explicar de que maneira seu compromisso com modelos fortes de justiça constitucional em nível interno conecta-se com uma teoria da legitimidade dos tribunais internacionais que seja compatível com o desenho forte de uma justiça constitucional em nível interno.

2 O papel dos juízes constitucionais no constitucionalismo transformador: ativismo dialógico e cooperativo

Um dos grandes debates do constitucionalismo latino-americano contemporâneo gira em torno da existência potencial de um constitucionalismo transformador, as características essenciais desse (novo?) constitucionalismo e suas consequências concretas sobre a organização do poder público e os direitos dos cidadãos. Uma das ideias centrais que respalda a existência de um constitucionalismo transformador é o desenho de instituições e procedimentos voltados à aplicação efetiva das promessas sociais das Constituições e o desenvolvimento das transformações necessárias para construir um Estado de bem-estar.

No marco do constitucionalismo transformador, uma das principais questões a resolver é o papel da magistratura constitucional no processo de mudança social. Afortunadamente, acerca deste aspecto existem múltiplos casos no constitucionalismo comparado que permitem analisar o papel desempenhado pelos tribunais durante estes complexos períodos sociais. Com base na experiência da África do Sul, por exemplo, Rosalind Dixon e Theunis Roux assinalaram que os tribunais constitucionais podem desempenhar um papel de impulso (transformador) ou um papel de conservação (conservador) nos processos de mudança social¹². De fato, existe ainda a possibilidade de

11 BELLAMY, Richard. The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the Hirst Case. In: FØLLESDAL, Andreas; SCHAFFER, Karlsson y ULFSTEIN, Geir. *The Legitimacy of International Human Rights Regimes. Legal, Political and Philosophical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 243-271.

12 DIXON, Rosalind; ROUX, Theunis. Marking Constitutional Transitions: The Law and Politics of Constitutional Implementation in South Africa, *UNSW Law Research Paper*, nº. 18-64, pp. 1-19.

que a magistratura se encontre em uma posição intermediária e ajuste a velocidade da transformação para conseguir o equilíbrio entre os velhos e novos projetos políticos e sociais.

2.1 O papel coadjuvante dos juízes em transformação social: deferência com a agenda transformadora do governo e do parlamento

Uma das principais lições dos estudos comparados é que, se os tribunais constitucionais apostam em um papel transformador e de impulso, é importante que contem com aliados institucionais e sociais para fazer avançar essas transformações. Os aliados podem ser os demais poderes do Estado (Governo e Congresso), as organizações sociais e a cidadania em geral. Além disso, é desejável que os juízes desenvolvam construções jurisprudenciais sólidas que permitam o avanço coletivo da construção do Estado de bem-estar. Por exemplo, é importante contar com uma série de precedentes sobre a deferência razoável que os tribunais devem ter com o legislador. Este é um bom mecanismo para realizar o controle efetivo de constitucionalidade sobre as normas de transformação e, ao mesmo tempo, avançar na parceria com as demais instituições do Estado.

O fato de que os juízes possam assumir a função de impulsionar as mudanças sociais certamente não resolve todos os problemas, não soluciona todos os dilemas, nem materializa todas as transformações necessárias. No entanto, é importante que os tribunais compreendam que, se não impulsionarem a transformação de maneira conjunta com o Congresso ou o Governo – vale dizer, se não forem deferentes com as reformas aprovadas pelo Congresso – a carga de proteger as mudanças sociais e promover novos avanços será posteriormente de sua responsabilidade praticamente exclusiva. Esse risco será ainda mais grave se existir uma alta probabilidade de que mudem as condições políticas e de que as instituições favoráveis à mudança social passem a ser ocupadas por movimentos adversos a esta transformação.

Por essa razão, é desejável potencializar o momento cooperativo e dialógico para avançar na transição a fim de criar os precedentes adequados para impulsionar a mudança, reagir diante dos problemas emergentes e enfrentar futuros retrocessos. Entre outras coisas, isso implica uma mudança na forma de construir

a jurisprudência, de maneira que, ao mesmo tempo, se pense a longo prazo e se mantenha a sensibilidade pelo período político atual. Também é um momento adequado para reconhecer que algumas ferramentas devem mudar ou evoluir. Por exemplo, as decisões estruturais não são um mecanismo acabado, nem tão pouco o fundamento para sua implementação; muito menos os casos em que procedem ou o tipo de remédios a serem aplicados nos juízos estruturais.

Nestes termos, o desafio a ser enfrentado por um juiz que aposte em impulsionar a mudança social é fazer um esforço para manter-se como um ator jurídico, superar as tradições jurídicas formalistas consolidadas em períodos anteriores aos processos de transformação, evitar as interpretações originalistas da Constituição e habilitar a evolução do sistema constitucional. O objetivo final é a construção de fundamentos jurídicos sólidos para as decisões e intervenções a serem materializadas pelos magistrados segundo o modelo do constitucionalismo transformador.

Porém, além do seu papel transformador, os juízes podem também desempenhar um papel conservador e um papel de equilíbrio entre o velho e o novo. Quais são os fatores que podem determinar o desempenho de um destes três papéis? O fator essencial é, uma vez mais, reconhecer quem são e como se comportam seus aliados. Os juízes não podem, não devem e não é desejável que o façam, impulsionar sozinhos as transformações sociais. Como já foi dito, se outros atores sociais ou poderes do Estado impulsionam a mudança social, os juízes devem ser deferentes com o impulso transformador proveniente de outras searas. Quanto mais impulsionem a mudança social nestes momentos, mais fácil será defender e conservar esses avanços.

O papel protetor dos juízes diante da agenda regressiva: detectar pontos cegos, desatar cargas de inércia e conservar os avanços.

O grande dilema ocorre quando os demais poderes do Estado não compartilham o impulso transformador. Nesse caso, há que se distinguir entre uma possível agenda conservadora mantida pelos demais poderes do Estado ou se eles deliberadamente impulsionam contrarreformas (*backlash*). Se a agenda é conservadora, como será dito mais adiante, os juízes devem limitar-se a promover a mudança, identificar cargas de inércia e pontos cegos. Ao contrário, se a agenda é regressiva, a função dos juízes é de conservar e defender os avanços obtidos em momentos de progresso social.

Efetivamente, se a agenda dos demais poderes do Estado é conservadora, os juízes devem enfrentar as limitações epistêmicas da democracia que se concretizam em pontos cegos e cargas de inércia do legislador e do Governo. Como indica Rosalind Dixon, inclusive as democracias que funcionam de maneira adequada têm um alto risco de aprovar políticas públicas contrárias aos valores públicos da Constituição. Isto acontece porque existem *pontos cegos* da democracia ou do sistema deliberativo.

A tese de Dixon é que os *pontos cegos* podem ser de aplicação, de perspectiva e de acomodamento. Estes ocorrem, respectivamente, quando: i) os limites de racionalidade do legislador o impedem de prever que uma lei que parece de acordo com a Constituição em sentido abstrato possa vir a ser aplicada de maneira a produzir efeitos contrários aos direitos fundamentais; ii) não se aprecia o impacto de uma lei nos distintos grupos que existem dentro da sociedade e iii) aprova-se um ato normativo que responde a um objetivo legislativo claro mas negligencia outros objetivos igualmente valiosos do ponto de vista constitucional¹³.

Além disso, Dixon também se refere aos problemas ou *cargas de inércia* do legislador que afetam os direitos previstos na constituição. A autora especialmente se preocupa com a inércia legislativa que deriva da prevalência dos interesses eleitorais de grupos políticos sobre a proteção dos direitos, ou ainda da intenção de manter a unidade de um partido político quando nele existem diferentes opiniões sobre como definir legislativamente o conteúdo de um direito¹⁴. A autora também assinala que uma democracia pode combinar a inércia do legislador com a inércia da administração com resultados prejudiciais para a garantia efetiva dos direitos¹⁵.

13 DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, nº 3, 2007, p. 402.

14 Nos Estados Unidos existem muitos exemplos de desacordos dentro da sociedade que dividiram os partidos e sobre os quais o Congresso se absteve de decidir para que fosse para a Corte Suprema, o órgão responsável para tomar decisão sobre a matéria. Citam-se como casos paradigmáticos os problemas relacionados com a abolição da escravidão (*Dred Scott v. Sandford*, 1856) o la interrupción voluntaria del embarazo (*Roe v. Wade*, 1973). Vid. TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 101, 2002, p. 2788.

15 DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, nº 3, 2007, p. 403.

Diante dos *pontos cegos* e da inércia do legislador, Dixon propõe um enfoque dialógico do controle de constitucionalidade em que os tribunais adotem medidas para evitar o prolongamento dos efeitos dos pontos cegos ou efetivamente resolvam os problemas que geram os bloqueios legislativos¹⁶. Não basta que o poder judiciário simplesmente indique ao legislador que ele falhou e fique à espera de este se desbloqueie ou abandone a posição de inércia, ou ainda que os juízes adotem remédios individuais em casos concretos pela via dos mecanismos de tutela ou *amparo*. O poder judiciário deve contribuir diretamente para remediar a inércia ou superar o bloqueio institucional¹⁷.

A contribuição de Dixon com relação aos *pontos cegos* do sistema democrático e sua preferência por um sistema no qual os juízes realizem um papel central para a superação dos seus efeitos negativos para os direitos fundamentais, permite defender, como se fará na terceira parte deste artigo, um sistema no qual os próprios cidadãos possam desencadear a intervenção judicial a fim de remediar as consequências negativas dos limites epistêmicos do legislador.

Ainda mais, a partir da perspectiva de Dixon, o controle de constitucionalidade – suscitado por uma demanda cidadã – contribui para superar situações de bloqueio institucional mediante ordens diretas. A reticência legislativa em cumprir com suas funções impede que o legislador reclame junto aos juízes o preenchimento de um espaço por ele próprio deixado vazio; os juízes não são deferentes ao legislador quando ele mesmo declina do exercício de suas funções. Nestes casos, os tribunais podem sinalizar ao legislador que os próprios cidadãos solicitaram a intervenção judicial diante da frustração das expectativas a respeito do papel correspondente ao poder legislativo na organização social.

A terceira opção é que em sociedades cujo Estado de bem-estar encontre-se em construção, os juízes contribuam para a consolidação e para a contenção dos possíveis retrocessos. Nestes casos, é imprescindível um mecanismo de fácil acesso ao controle de constitucionalidade que, sobretudo, possa ser ativado por atores diferentes daqueles responsáveis pelo retrocesso ou que dele se beneficiam. Nestes cenários de agenda regressiva, o pouco que podem fazer os juízes é defender (conservar) o obtido em momentos de impulso so-

16 DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, nº 3, 2007, p. 406.

17 DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, nº 3, 2007, pp. 404 e 405.

cial. Além disso, nestes casos os juízes devem se preocupar em manter sua independência e proteger-se de incursões próprias de cenários de constitucionalismo abusivo ou autoritário.

3 O desenho da justiça constitucional e o compromisso do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina com o acesso direto dos cidadãos à representação deliberativa e meritocrática

O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina é uma leitura do constitucionalismo latino-americano que se baseia na interação entre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e as autoridades judiciais nacionais. O *Ius Constitutionale Commune* afirma que na região desenvolveu-se um constitucionalismo transformador baseado na maior proteção dos direitos humanos estabelecidos nas Constituições nacionais e nos instrumentos internacionais que conformam o *corpus iuris* interamericano.¹⁸ Os dois elementos que compõem o denominador constitucional comum latino-americano são: de um lado, a abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais ao direito internacional dos direitos humanos, especialmente, a Convenção Americana; de outro, o aumento do estudo e aplicação do direito comparado¹⁹.

Como assinala Armin von Bogdandy, um dos pilares centrais do *Ius Constitutionale Commune* é que este reconhece que a sociedade civil, as Organizações Não Governamentais e os indivíduos desempenham um papel central na proteção dos direitos humanos. Exatamente por essa razão, um dos princípios fundamentais do *Ius Constitutionale Commune* é a inclusão. De acordo com este princípio, é necessário promover o maior acesso dos cidadãos aos sistemas de justiça nacional e internacional.

18 BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho Del Estado*, nº 34, 2015, p. 11.

19 BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune. Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 141-143.

Efetivamente, em virtude de os tribunais serem considerados agentes de transformação social e ostentarem um papel insubstituível na proteção dos direitos, a ideia do *Ius Constitutionale Commune* é que se deve garantir o maior acesso dos indivíduos tanto aos sistemas de justiça nacional como aos tribunais internacionais. Por esta razão, o *Ius Constitutionale Commune* é favorável a mecanismos como a ação popular de controle de constitucionalidade e a extensão deste grau de abertura para todos os sistemas constitucionais da região.

Evidência do alegado é que para *Ius Constitutionale Commune* existe uma ideia definida do desenho institucional de justiça constitucional. Rodolfo Arango, por exemplo, assinala que o *Ius Constitutionale Commune* defende uma justiça constitucional dialógica e participativa na qual “todas as vozes, por diferentes ou estranhas que sejam, tenham espaço na comunidade e possam ser abrigadas pela proteção constitucional”²⁰.

Sob esse enfoque, o maior acesso dos indivíduos aos tribunais não somente tem um potencial transformador, mas também incorpora dimensões legitimadoras das próprias instituições judiciais. Isto ocorre especialmente em uma região na qual a maior parte das instituições públicas são percebidas como distantes e ineficazes, como já foi destacado pela própria Corte Interamericana:

(...) na região existe uma profunda crise em relação aos partidos políticos, aos poderes legislativos e a aqueles que dirigem os assuntos públicos, pelo que é imperioso um profundo e reflexivo debate sobre a participação e a representação política, a transparência e a aproximação das instituições às pessoas, definitivamente, sobre o fortalecimento e o aprofundamento da democracia. A sociedade civil e o Estado têm a responsabilidade fundamental e inescusável de levar adiante esta reflexão e realizar propostas para reverter esta situação²¹.

A ampla legitimação e o potencial transformador são os dois argumentos centrais que, desde a perspectiva do *Ius Constitutionale Commune*, animam a abertura da justiça constitucional aos indivíduos mediante mecanismos como a ação popular de controle de constitucionalidade. Trata-se de um enfoque teórico

20 ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Ius Constitutionale Commune* op. cit., p. 35.

21 CORTE IDH. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Sentencia de 06 de agosto de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 204.

ainda em construção, mas que já reflete uma orientação clara para um maior acesso dos indivíduos aos sistemas judiciais nacionais e para a eliminação das barreiras que dificultam o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Definitivamente, um dos elementos centrais do constitucionalismo transformador é a ampliação do acesso para os movimentos sociais e para os cidadãos à justiça nacional e internacional. Por essa razão, o constitucionalismo transformador destaca as sessões itinerantes da Corte IDH, as audiências públicas e seguramente uma agenda para o futuro pela existência de um tribunal permanente que possa atender demandas de justiça de toda a região. No plano doméstico, o *Ius Constitutionale Commune* compromete-se com modelos de justiça que sejam abertos para os cidadãos de forma que possam implementar os padrões internacionais sobre direitos humanos por parte dos tribunais nacionais.

Trata-se de pensar as mudanças no *standing* não somente como mudanças processuais ou de legitimação ativa. Como indica Owen Fiss, o *standing* incide na agenda dos tribunais, na relação da justiça com os cidadãos e pode influenciar na atitude dos juízes frente aos problemas sociais²². Por isso, o acesso amplo dos cidadãos aos tribunais aproxima os juízes dos problemas cotidianos, permite o controle civil da agenda judicial e aproxima as instituições orgânicas das promessas constitucionais. Esta incursão moderada no desenho da magistratura é um pilar do constitucionalismo transformador²³. Trata-se de um elemento essencial que permitiu verdadeiras mudanças no constitucionalismo latino-americano e, ainda mais importante, na vida daqueles que vivem na região.

Conclusões

As mudanças sociais são o resultado de processos longos, complexos e demorados nos quais intervêm diversos atores e fatores²⁴. É no mínimo ingênuo pensar que os tribunais podem realizar completamente uma transformação social. Além disso, normas jurídicas e juízes podem silenciar as vozes que

22 FISS, Owen. The Forms of Justice. *Harvard Law Review*, vol. 93, nº 1, 1979, pp. 1-58.

23 ROA ROA, Jorge Ernesto. *Control de Constitucionalidad Deliberativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

24 SUNSTEIN, Cass. *How Change Happens*. The MIT Press, Massachusetts, 2019.

clamam por mudança bem como retardar por muito tempo a construção de estrutura sociais e igualitárias.

No entanto, essas normas podem ser mudadas e, certamente, os tribunais também podem ser cenários de visibilidade que ofereçam um espaço de expressão e deliberação para aqueles que são tradicionalmente silenciados. A tese central deste texto é que, em contextos como a América Latina, o poder judicial deve realizar um esforço para canalizar as mudanças que são necessárias para avançar no cumprimento efetivo das promessas sociais das Constituições da região.

Para satisfazer esse papel é necessário pensar na ideia de um constitucionalismo transformador. Esta visão do potencial expressivo do direito tem, ao mesmo tempo, uma fórmula que se refere ao tipo, ao papel e ao desenho da justiça constitucional. O objetivo é que os processos judiciais sejam espaços de deliberação (adicionais) nos quais se pense coletivamente sobre a melhor maneira de distribuir recursos escassos, construir o Estado de bem-estar e resolver desacordos sociais complexos em torno da forma de enfrentar fenômenos como a pobreza, a exclusão ou a desigualdade.

Certamente, não se trata de substituir outras formas ou cenários de deliberação. Muito menos se pretende que um processo judicial deliberativamente qualificado ou uma decisão judicial coloque fim nos dramas sociais da América Latina. Do que se trata aqui, é de pensar como os juízes usam o potencial transformador do Direito para concentrar-se na proteção daqueles que mais sofrem a frustração das expectativas que lhes geraram as caras promessas sociais, econômicas e políticas incluídas nas Constituições.